This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

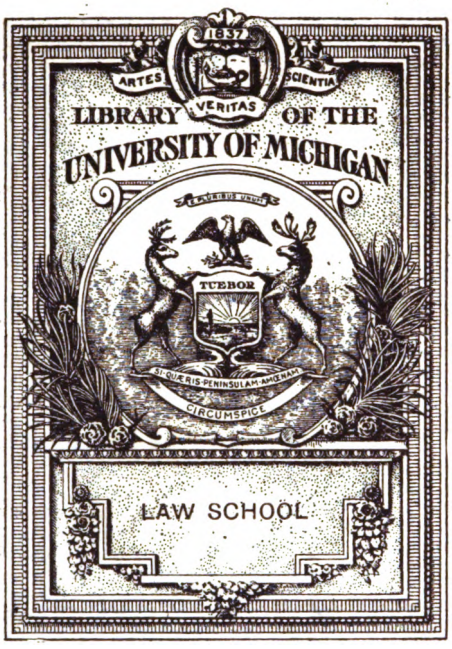
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
stor
a3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 282, RUE SAINT-JACQUES, & 24, RUE SOUFFLOT.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'Etat, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Inspecteur général honoraire des Facultés de droit, Profess. à la Faculté de droit de Paris.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
ALBERT DESJARDINS, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris;
LABBÉ, professeur à la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, vice-président du Conseil d'Etat;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

BRÉMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CHAUSSE, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier; G. DEBACQ, avocat à la Cour d'appel de Paris; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen; H. LESPINASSE, président honoraire à la Cour de Pau; LOUIS-LUCAS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; H. MONNIER, professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WEISS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

49466

XXXVIIIe ANNÉE
Nouvelle série. — TOME XVIII.

PARIS
LIBRAIRIE COTILLON
F. PICHON, Sr, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
24, rue Soufflot, 24
1889

Digitized by Google

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CRIMINELLE
(1887-1888).

Par M. E. Gardeil, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

SOMMAIRE.

Délits-contraventions (art. 1, P.).
Interdiction légale. Condamnation par contumace (art. 29, P.).
Secret professionnel. Révélation autorisée par le déposant (art. 378, P.).
Cri des journaux. Titre de journal. Arrêté municipal (l. du 29 juillet 1881, art. 18 à 22, art. 68).
Diffamation. Preuve des faits diffamatoires. Délai. Déchéance (l. du 29 juillet 1881, art. 35, art. 52).
Meurtre et délit connexes. Prescription (art. 304, P.).
Réhabilitation. Demande partielle (art. 634, I. cr.).
Echelles du Levant. Pouvoirs de police des consuls français. Droits d'arrestation pour faits commis en France.
Frais et dépens. Partie civile. Consignation préalable. Intervention à l'audience (art. 182, I. cr., art. 160 : décret du 18 juin 1811).
Abus ecclésiastique. Délit. Autorisation préalable de poursuivre (l. du 18 germinal an X : tit. 1, art. 6, 8).
Audience. Publicité. Carte d'admission (153, 190, 309, I. cr.).

Délits-contraventions (art. 1, C. P.).

Dès 1885, était signalée à cette même place, l'évolution que la Chambre criminelle de la Cour de cassation était en voie d'accomplir dans sa jurisprudence relative à l'existence des délits-contraventions (A. Desjardins, Examen doctrinal de la jurisprudence criminelle, *Revue critique*, 1885, p. 87. — Voir aussi : Fin des délits contraventionnels, par Villey, *France judiciaire*, 3886, p. 365. — Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, Tome I, p. 133). — Dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation avait admis jusqu'alors, l'existence, à côté des trois classes d'infractions créées par l'art. 1er du Code pénal, d'une quatrième classe d'infractions hybrides, les délits-contraventions. Elles participaient du délit, en ce qu'elles étaient frappées par la loi de peines correctionnelles; de la contravention, en ce qu'elles étaient punies indépendamment de toute intention

Digitized by Google

criminelle chez l'agent, sur la seule preuve de l'existence du fait matériel. On leur appliquait, en cas de complicité, en cas de cumul d'infractions les règles applicables aux contraventions, tandis qu'en ce qui concerne la compétence *ratione materiæ*, la prescription, on les traitait comme des délits. — Mais depuis plusieurs années la Cour de cassation, abandonnant cette doctrine, s'en tenait, pour qualifier ces faits, au texte de l'art. 1er du Code pénal : cette évolution, déjà commencée en 1885, est aujourd'hui entièrement accomplie. La Cour, dans tous les arrêts récents, applique à ces faits uniquement les principes admis en matière de délits correctionnels. Elle se dégage ainsi des incertitudes et des contradictions inextricables où elle était tombée en s'écartant de la règle claire et pratique, posée en des termes tout-à-fait généraux, par l'art. 1er du Code pénal.

Compétence *ratione materiæ*, durée de la prescription, solidarité des amendes, complicité, cumul d'infractions, infractions commises à l'étranger, tels étaient les divers points de vue auxquels il y avait intérêt à savoir si, à côté des crimes, des délits et des contraventions, il existe une quatrième classe d'infractions, les délits-contraventions.

En ce qui concerne la compétence *ratione loci*, et la prescription de l'action publique, la jurisprudence a toujours appliqué aux faits en question les règles qui régissent les délits correctionnels. On ne pouvait, en effet, songer à demander à un tribunal de simple police de prononcer une peine correctionnelle : d'autre part de nombreux arrêts admettent implicitement, en matière de délits non intentionnels, la prescription triennale (V. notamment : Orléans 8 novembre 87, D. P. 88. 2. 97). — A moins, bien entendu, qu'un texte spécial n'édicte formellement une prescription plus courte.

L'art. 55 du Code pénal porte que tous les individus reconnus coupables d'un même crime ou d'un même délit sont solidairement tenus des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. — Aucun texte semblable relativement aux contraventions ; donc, en cette matière, pas de solidarité légale entre les condamnés. — « La solidarité des amendes, dit « à ce sujet M. Faustin-Hélie, suppose, en effet, la complicité

Digitized by Google

« des individus condamnés; or les caractères de la complicité, « définis par les art. 59 et 60. C. P., ne s'appliquent qu'aux « crimes et délits, et nullement aux contraventions de simple « police. » — Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6e édit., tome I, n° 134). — Nous reviendrons sur ce point tout à l'heure : constatons seulement ici que, contrairement à des décisions antérieures (Voir : Cass. 3 avril 1869, D. P. 69. 1. 529), la Cour de cassation, dans une poursuite pour infraction aux lois sur les réunions publiques, admet la solidarité des amendes prononcées (Crim. rej. 5 décembre 1872, D. P. 72. 1. 432). Cet arrêt est remarquable en ce que, le premier, il dégage nettement le caractère des soit-disant contraventions-délits, et pose le principe rationnel dont la Cour a successivement tiré toutes les conséquences : Attendu que d'après la disposition pré- « cise de l'art. 55, P., tous les individus condamnés pour un « même délit sont tenus solidairement des amendes et des frais; « que cette prescription ne s'applique pas seulement aux délits « prévus par le Code ou par des lois spéciales qui ont prononcé « la solidarité, *mais à tous les faits considérés comme délits par « la loi pénale, c'est-à-dire à toutes les infractions que les lois « punissent de peines correctionnelles; qu'il n'y a aucune dis- « tinction à établir entre les délits ordinaires et ceux qu'on « voudrait qualifier de contraventions-délits.* »

— La complicité n'est punie qu'en matière de crimes et de délits (art. 59, C. P.). Elle ne l'est pas en matière de contraventions de simple police, du moins en général (V. en effet, 479-8°, P.). La raison fondamentale en est, que les faits de participation principale sont déjà si peu graves en eux-mêmes, que l'on comprend parfaitement que la loi ne s'occupe pas de faits de participation accessoire. A cette raison on en ajoute souvent une autre : Qui dit complicité dit coopération intentionnelle, c'est-à-dire concours des volontés de l'auteur et des complices vers un même but à atteindre : or ce concours de volontés coupables ne se comprend pas, en matière de contraventions de simple police, ou en matière de délits-contraventions, la loi frappant ces deux ordres de faits sans s'inquiéter de l'intention criminelle des auteurs, par cela seul que le fait matériel est prouvé

Digitized by Google

(Cass. 17 et 18 janvier 1867. — 3 avril 1869. — 7 avril 1870.— 11 février 1876. S. 76. 1. 233). — Ces arrêts n'admettent pas la complicité punissable en cas de délits-contraventions. Or la seconde des raisons que nous venons d'exposer et qu'invoquent tous ces arrêts, n'a aucune valeur. — Sans doute, en cas de contravention, l'intention criminelle n'est pas exigée pour que la peine soit encourue : il est même beaucoup de ces faits qui changeraient de nature, si l'intention criminelle était prouvée : ainsi l'homicide par imprudence. Dès lors, pour ces faits, pas de complicité punissable. — Mais il peut arriver et en fait il arrivera souvent que des faits qui sont punis par la loi comme délits-contraventions, indépendamment de toute intention criminelle chez leurs auteurs, auront été commis volontairement et intentionnellement et n'en conserveront pas moins leur caractère de délits-contraventions : ainsi peut-il en être en matière de colportage, en matière de non-déclaration de naissance, etc... (346, P.). Ici, l'intention peut exister sans que le délit-contravention change de nature, et dès lors, il y a place pour des actes de complicité punissable. Il est donc faux de dire, avec les arrêts cités précédemment, que la complicité est toujours impossible en matière de délits-contraventions puisque la loi punit ces faits indépendamment de toute intention criminelle. Aussi approuvons-nous pleinement, sur ce point, comme sur les autres, le changement survenu dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les arrêts les plus récents déclarent punissables des faits de complicité de délits-contraventionnels : (Arrêt de Cas. 23 février 1884, rendu en matière d'infraction aux lois sur la pharmacie (D. 86. 1. 427).— Arrêt de rejet du 28 février 1885, en matière de contravention aux lois sur les sociétés (D. 85. 1. 329). — « Attendu, dit cet « arrêt, que l'émission illicite d'actions prévue par l'art. 13 de la « loi du 21 juillet 1867, étant punie de peines correctionnelles, « constitue aux termes de l'art. 1er § 2 du Code pénal, un véri- « table délit; qu'en conséquence, et à défaut de dérogation ex- « presse, elle comporte l'application des règles du droit commun « relatives à la complicité. »

Enfin, en ce qui concerne le cumul d'infractions, la jurisprudence appliquait le principe du non cumul des peines, propre

Digitized by Google

aux crimes et aux délits correctionnels, alors même qu'en matière de complicité, elle appliquait aux délits-contraventions, les principes qui régissent les contraventions. (Chambéry 20 juillet 1872. — Crim. rej. 14 janvier 1875, D. 75. 1. 281). — Cette contradiction a cessé d'exister, puisque la Cour, à tous les points de vue, traite aujourd'hui les prétendus délits-contraventions comme des délits. (Cass. 13 juillet 1884, S. 86. 1. 234. — 22 avril 1887, S. 88. 1. 397). Ces deux arrêts s'appuient sur ce que les faits, étant punis de peines correctionnelles, sont des délits, et que, dès lors, la disposition de l'art. 365 du Code d'instruction criminelle doit être appliquée.

— On peut donc dire que l'évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation est complète et que désormais l'article 1 du Code pénal est respecté.

Interdiction légale. Condamnation par contumace (art. 29, C. P., 471, I. cr.).

La question toujours ouverte de savoir si une condamnation par contumace entraîne avec elle l'interdiction légale a été résolue négativement par un jugement du tribunal de Béziers, en date du 26 juin 1886 (S. 88. 2. 46). C'est du reste l'opinion adoptée par la majorité des auteurs. Le jugement n'invoque pas, à l'appui de la solution qu'il adopte, d'autres motifs que ceux des jugements ou arrêts rendus antérieurement dans le même sens : les termes de l'art. 29, P. : « *pendant la durée de la peine* » ; cette phrase de l'exposé des motifs de la loi du 31 mai 1854 : « Si la condamna-« tion a été prononcée par contumace, comme le condamné « n'expie pas sa peine et échappe au contraire à l'action de la « loi, l'interdiction légale ne reçoit pas son application. »; enfin, l'inutilité, en cas de condamnation par contumace, d'une tutelle dont le fonctionnement ne pourrait se concilier avec l'administration des biens du condamné par la Régie des domaines. C'est, en effet, à l'administration des domaines que l'article 471. I. cr., confie le sequestre et la gestion des biens du condamné par contumace.

Les arguments de textes me paraissent sans valeur : les mots de l'art. 29, P. : « *pendant la durée de la peine* » ne sont pas décisifs. Signifient-ils : « pendant la durée de l'exécution de la

Digitized by Google

peine », ou bien « pendant le nombre d'années auxquelles la peine a été fixée par le juge »? Nul ne peut savoir quelle a été sur ce point l'intention des rédacteurs de l'art. 29, P. D'autre part, en ce qui concerne l'opinion exprimée par M. Rouher, dans l'exposé des motifs de la loi de 1854, outre qu'il peut paraître bizarre de chercher dans une discussion législative de 1854, les intentions des rédacteurs d'un texte de 1810, on peut remarquer que l'opinion contraire est adoptée par M. Riché, dans le rapport rédigé par lui au nom de la commission du Corps législatif.

Ce n'est donc pas dans les textes que l'on peut espérer de trouver la solution de la question : à notre avis, elle peut facilement s'induire de l'esprit de la loi. Or, quel est le but vers lequel tend l'organisation de la contumace dans notre législation? Donner au condamné par contumace, le maximum d'intérêt possible à se représenter devant les juges et à se faire juger contradictoirement. Voilà pourquoi on lui refuse la garantie d'un jury, l'assistance d'un défenseur, le débat contradictoire. En fait, la Cour applique presque toujours le maximum de la peine portée par la loi. C'est donc se conformer à l'esprit de la loi et au vœu certain du législateur, que d'adopter, à moins d'un texte formel contraire, l'opinion suivant laquelle l'état de contumace paraîtra au condamné le plus insupportable et le poussera plus efficacement à se constituer prisonnier. Or, les peines privatives de liberté, la dégradation civique et les incapacités qui en résultent, ne produisent qu'un effet médiocre sur le contumax réfugié à l'étranger. Il ne peut être atteint que dans ses biens. Il l'est, dans une certaine mesure, par le séquestre de sa fortune : mais l'existence du séquestre ne lui enlève que l'administration de sa fortune, la jouissance de ses revenus. Le condamné conserve intact le droit de disposer de ses biens, de les vendre, sauf la réserve de la jouissance et des fruits que l'administration des domaines percevra jusqu'à la fin du séquestre. Il peut donc se procurer, par ce moyen, les ressources nécessaires pour adoucir son exil.

Le condamné par contumace sera frappé bien plus rudement et plus efficacement dans sa fortune, si on admet qu'il est en état d'interdiction légale. Il devient, en effet, incapable de dis-

Digitized by Google

poser même à titre onéreux : la nullité des ventes consenties par lui peut être demandée par toute personne intéressée, lui compris. Il ne pourra plus trouver d'acquéreur, partant plus de ressources.

Il y aura lieu de combiner la gestion du tuteur avec celle de l'administration des domaines : il ne nous paraît pas qu'il y ait là un obstacle insurmontable.

L'interdiction légale ainsi encourue durera aussi longtemps que la prescription de la peine à laquelle elle sera attachée, c'est-à-dire vingt ans à compter de la date de l'arrêt (635, I. cr.).

Secret professionnel. Révélation autorisée par le déposant (art. 378, P., art. 80, I. cr.).

Celui qui a fait une confidence à une personne tenue du secret professionnel, peut-il, par son consentement seul, valablement relever le dépositaire de son obligation au secret, de telle sorte que celui-ci persistant à se retrancher derrière son devoir professionnel, le juge pourrait le condamner à l'amende comme témoin défaillant? — La Cour d'assises de Lot-et-Garonne a répondu négativement à cette question dans un arrêt du 15 décembre 1887 (*Gaz. Pal.* 1888, 1re partie, p. 129) — : « Attendu « que le secret professionnel est d'ordre public tout aussi bien « que la répression des crimes et délits, puisqu'il intéresse « l'honneur, la sécurité et la constitution des familles, dont l'en- « semble compose, à son tour, la société tout entière; que, « fût-il d'ordre privé, le secret professionnel, de même qu'il ne « naît que par l'accord des volontés du dépositaire et du dépo- « sant, ne peut cesser d'exister par la seule volonté du dépo- « sant, pas plus qu'un serment ne peut être délié sans le con- « cours des volontés de celui qui l'a reçu et de celui qui l'a « prêté; qu'il faut d'autant moins matérialiser le rôle du déposi- « taire, que ce dépositaire est présumé juge plus désintéressé et « plus éclairé que le déposant, du point de savoir si le secret « doit perdre son caractère confidentiel. » (V. Montpellier, 24 septembre 1827. Crim. cass. 11 mai 1844, Dalloz : J. G. : v° *Avocat*, n° 304). Cette solution nous paraît exacte : en effet, lorsqu'une personne fait une confidence à une autre qui, par profession, est tenue au secret, il n'est pas vrai de dire que c'est

Digitized by Google

le déposant qui impose à celle-ci le secret : c'est la loi, c'est le devoir professionnel, c'est l'honneur et la conscience du dépositaire qui l'obligent au secret. L'obligation sanctionnée par l'article 378, P., a été établie dans un intérêt général : sa violation ne blesse pas seulement celui qui a confié le secret, elle blesse la société entière, parce qu'elle enlève à des professions sur lesquelles la société s'appuie, la confiance sans laquelle elles ne peuvent exister. (Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, 5e édit., vo *Révélation de secrets*, t. V, p. 19). Cesser de faire du secret professionnel une obligation absolue, en faire une obligation relative, c'est le détruire, en ouvrant la porte aux appréciations les plus arbitraires des cas où sa violation serait permise, parce qu'elle serait utile ou opportune.

Une question voisine de celle-ci et non tranchée par l'arrêt est la suivante : si, relevé de l'obligation au secret par le déposant, le dépositaire a, devant les tribunaux, témoigné des choses que le déposant lui avait révélées tout d'abord sous le sceau du secret professionnel, peut-il y avoir lieu d'appliquer l'art. 378, P. Il faut répondre non. — En effet, pour qu'il y ait délit de révélation du secret professionnel, il faut qu'il y ait intention criminelle : je dis intention criminelle, et non pas intention de nuire, car il a été jugé, avec raison, que le délit existe, même quand le dépositaire du secret l'avait révélé avec l'intention d'être utile au déposant (Crim. rej. 19 décembre 1885, D. 86. 1, 347); mais l'intention criminelle est tout autre chose que l'intention de nuire : il faut qu'elle existe pour que l'art. 378 soit applicable. Or, peut-on dire qu'il y a intention criminelle de la part du dépositaire d'un secret, qui le révèle à la justice avec le plein consentement du déposant? Evidemment non. Sa bonne foi est certaine. Dès lors il n'y a pas de délit punissable.

Cri des journaux. Titre du journal. Arrêtés municipaux (l. du 29 juillet 1881, art. 18 à 22, art. 68).

Quels sont les pouvoirs des maires en ce qui concerne le cri des journaux sur la voie publique? Peuvent-ils, par un arrêté, pour assurer la tranquillité publique, interdire aux crieurs de crier autre chose que le titre du journal vendu? Ou bien, la li-

Digitized by Google

berté du cri n'est-elle pas un corollaire nécessaire de la liberté de la vente et du colportage des journaux et écrits périodiques, depuis la loi sur la liberté de la presse, du 29 juillet 1881?

Cette question s'est posée fréquemment devant les tribunaux de simple police, car beaucoup de maires, dans les départements, à la suite du préfet de police à Paris, ont pris des arrêtés interdisant de crier sur la voie publique autre chose que le titre et le prix du journal. La Cour de cassation, par deux arrêts en date du 30 octobre 1885 (D. 86. 1. 177) et du 16 février 1888 (*Gaz. Pal.* 1888, 1re partie, p. 365), rendus tous deux sur le rapport de M. le conseiller Vételay, s'est prononcée dans le sens de la liberté la plus complète pour les crieurs de journaux. — Avant la loi du 29 juillet 1881, la question n'existait pas : elle était formellement résolue par les lois du *10 septembre 1830* et du *16 février 1834*. La première soumet, dans son art. 2, la profession de vendeur, afficheur ou crieur, sur la voie publique, d'écrits imprimés, etc... à une déclaration préalable devant l'autorité municipale. Son art. 3 porte que « les journaux, feuil- « les quotidiennes et périodiques, ne pourront être annoncés « dans les rues, places et autres lieux publics que par leur titre. » — La loi de 1834 va plus loin : elle met les colporteurs et crieurs sur la voie publique à la discrétion absolue des maires. Ce n'est plus seulement une déclaration préalable, c'est une autorisation préalable de la municipalité qui est exigée par la loi pour exercer la profession, même temporaire, de crieur, vendeur sur la voie publique, d'écrits imprimés, etc... Cette autorisation est essentiellement révocable. Sous l'empire de ces lois, les maires avaient perdu le droit de prohiber l'annonce et la mise en vente des journaux par des cris se référant à des indications autres que le titre et le prix de chaque feuille, puisque c'était la loi elle-même qui portait cette interdiction et la sanctionnait : amende de 25 fr. à 500 fr., — emprisonnement de 6 jours à 1 mois (L. du 10 décembre 1830, art. 5.,)

Cet état de choses subsista jusqu'en 1881. La loi de 1881, sur la liberté de la presse, règle, dans ses art. 18 à 22, la profession de colporteur et de distributeur, sur la voie publique, de livres, écrits, journaux. Elle est muette en ce qui concerne le

Digitized by Google

cri des journaux. Faut-il penser qu'elle laisse subsister les lois de 1830 et de 1834? Ou bien qu'en les abrogeant, elle a ressuscité au profit des maires le droit de réglementation qu'ils tenaient des lois des 16-21 août 1790 et du 22 juillet 1791? La réponse à cette double question se trouve dans l'art. 68 de la loi de 1881 : elle est formelle. « Art. 68 : Sont abrogés les édits, « lois, décrets, ordonnances, arrêtés, réglements, déclarations « généralement quelconques relatifs à l'imprimerie, à la librairie, « à la presse périodique ou non périodique, au colportage, à « l'affichage, à la vente sur la voie publique... *sans que puis-« sent revivre les dispositions abrogées par les lois antérieures.* »

Ainsi, les lois de 1830 et 1834 sont abrogées, sans que puissent revivre la législation de 1790 et de 1791 qu'elles-mêmes avaient abrogée. — Le seul texte vivant est la loi du 29 juillet 1881; elle n'apporte aucune restriction au droit de crier les journaux sur la voie publique : donc le criage est libre. Il y a là certainement un libéralisme excessif, une erreur du législateur : mais cette erreur est certaine; cela résulte non seulement du texte, mais de toute la discussion, des déclarations nombreuses tant du rapporteur de la loi que de plusieurs orateurs. La loi de 1881 se suffit à elle-même : c'est une loi de liberté. On fait table rase de toutes les prohibitions anciennes.

La loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale, a-t-elle abrogé cette loi spéciale sur la liberté de la presse, et autorisé les maires à faire revivre, par voie d'arrêtés, les prohibitions abolies par la loi de 1881? Certains arrêtés municipaux visent, en effet, l'art. 97 de la loi de 1884, qui porte :

« La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la « sûreté et la salubrité publique. — Elle comprend notamment... « 2° le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique, « telles que les rixes, etc..... et tout acte de nature à compromet-« tre la tranquillité publique. »

Mais cette disposition ne fait que reproduire celle de la loi de 1790 : les maires, du chef de cet article, ne possèdent aucun droit qu'ils ne possédassent précédemment, du chef de la loi de 1790.

Et, d'autre part, la discussion de la loi municipale de 1884 ne laisse aucun doute sur l'intention du législateur de ne rien

Digitized by Google

changer à l'état de choses existant. Interpellé sur le point de savoir si les maires pourraient à l'avenir prendre des arrêtés réglementant le criage des journaux, le rapporteur de la loi a répondu : « La loi qui règlemente la vente des journaux dans les rues « est une loi spéciale sur laquelle le maire ne saurait avoir aucune « espèce d'action. Si un maire prenait un arrêté relatif à la liberté « de la presse, les tribunaux ne pourraient donner force exécutoire « à un arrêté pris dans ces circonstances. » (J. O. 28 oct. 1883).

Il est si vrai qu'il y a là une lacune dans notre législation qu'on a essayer de la combler. Le gouvernement avait présenté et la Chambre des députés voté en première lecture un projet de loi portant dans son art. 4 que « les journaux, etc., et générale- « ment tous écrits ou imprimés distribués ou vendus dans les rues « et lieux publics ne pourront être annoncés que par leurs titres. » La sanction était une amende de 16 à 500 fr. et un emprisonnement de 6 jours à un mois.

Mais ce projet sommeille toujours ; tant qu'il ne sera pas devenu loi, le criage des journaux sur la voie publique est entièrement libre [1].

Diffamation. Preuve des faits diffamatoires. Délai. Déchéance (l. du 29 juillet 1881, art. 35 et 52).

Lorsqu'une personne, prévenue de diffamation et ayant le droit de faire la preuve des faits diffamatoires, a laissé passer, sans offrir cette preuve, le délai de cinq jours que la loi lui accorde pour le faire et qui compte du jour de la citation, elle est définitivement déchue de son droit de faire la preuve des faits diffamatoires, alors même qu'elle ferait ensuite défaut et formerait une opposition contre le jugement rendu contre elle par défaut. Cette opposition ne devient pas le point de départ d'un nouveau délai de cinq jours, pendant lequel la partie poursuivie pourrait utilement offrir la preuve des faits diffamatoires. Telle

[1] De nombreux arrêtés ont été pris recemment défendant aux colporteurs de crier autre chose que le titre et le prix du journal. (Arrêté du Préfet de Police du 28 sept. 1888. Arrêté du maire de Nancy du 29 oct. 1888). Je ne sache pas que la Cour de cassation ait été appelée à statuer sur la validité de ces nouveaux arrêtés, dont les considérants sont identiques à ceux des arrêtés précédemment déclarés illégaux par elle.

Digitized by Google

est, du moins, la solution admise par un arrêt de rejet rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en date du 5 janvier 1888 (*Gaz. Pal.*, 1888, 1re partie, p. 141). Le contraire a été jugé par la Cour d'assises de la Seine (15 octobre et 15 novembre 1881, Sirey, 82. 2. 89) et par la Cour d'assises du Cher (22 janvier 1883). A notre avis, cette dernière solution est préférable à celle donnée par la Cour de cassation.

Le droit de faire défaut est un droit essentiel à la défense. Les délais de citation, en matière pénale, étant assez brefs et pouvant ne pas suffire à la personne citée, pour préparer et rassembler ses moyens de défense, le législateur a voulu qu'elle pût allonger les délais utiles, en faisant défaut, puis en formant opposition au jugement rendu par défaut. — Or, il est de principe que toute opposition à un jugement ou à un arrêt rendu par défaut, remet les parties dans l'état où elles se trouvaient au moment de la citation originaire : c'est là un principe absolument général, en matière pénale aussi bien qu'en matière civile, à moins d'un texte formel contraire. Appliquant ce principe à notre cas particulier, nous devons conclure qu'une personne ayant été condamnée par défaut pour diffamation, son opposition, qui vaut citation, devient le point de départ d'un nouveau délai de cinq jours, pendant lesquels elle peut faire les significations prescrites, par l'art. 52, 2e al. de la loi de 1881, à qui veut se réserver la faculté de prouver les faits diffamatoires. Y a-t-il dans la loi de 1881, un texte qui écarte ici l'application du principe général ?

Non, dit la Cour d'assises de la Seine, dans ses arrêts de 1881 : « Attendu qu'aux termes de l'art. 56 de la loi du 29 juillet 1881, « la condamnation par défaut est réputée non avenue par le seul « fait de l'opposition; ..... que la loi de 1881 ne constitue donc « pas une exception aux principes généraux sur la matière; que « la partie condamnée, remise par le seul fait de l'opposition « dans la situation où elle se trouvait avant l'arrêt par défaut, ne « pourrait, *à moins d'une disposition spéciale de la loi*, être dé- « chue d'un droit qu'elle possédait primitivement; que cette dis- « position spéciale n'existe pas; que la forclusion ne peut donc « être présumée; que s'il en était autrement, le droit de faire « défaut sur une première citation ne pourrait s'exercer utile-

Digitized by Google

« ment, puisqu'il aurait pour conséquence inévitable la déchéance « du droit de faire la preuve dans le débat contradictoire. »

Donc le prévenu de diffamation conserve, en faisant défaut, son droit de faire la preuve des faits diffamatoires.

L'arrêt de rejet du 5 janvier 1888, en sens contraire, est sommairement motivé : « Attendu que le délai irritant a *pour point* « *de départ exclusif* la citation donnée aux prévenus et que ce « délai ne saurait être prorogé par la simple non comparution « des prévenus à l'audience pour laquelle ils ont été cités; « que la déchéance édictée par la loi du 29 juillet 1881 est absolue. » — Ce sont là des affirmations pures et simples, non des raisons.

On pourrait cependant invoquer à l'appui de cette thèse, un argument assez sérieux. — La loi du 26 mai 1819, dans son art. 21, disposait que « le prévenu qui voudra être admis à « prouver la vérité des faits devra, dans les huit jours qui « suivront la notification de l'arrêt de renvoi de la Cour d'assises « *ou de l'opposition à l'arrêt par défaut rendu* contre lui, signi- « fier au plaignant... etc. » — Le délai était de 8 jours, il courait, soit de l'arrêt de renvoi, soit de l'opposition : le texte, sur ce point était formel. La loi du 29 juillet 1881, réduit le délai à 5 jours; d'autre part, elle ne parle plus que d'un seul point de départ : la notification de la citation au prévenu (art. 52). Donc c'est qu'elle supprime le droit pour le prévenu, en faisant défaut, d'allonger le délai primitif. Elle veut, par cette double mesure, astreindre les journaux à ne prêter leur publicité à des attaques contre les fonctionnaires que lorsqu'ils ont, par avance, des preuves toutes faites qui les mettent en mesure d'accepter un débat immédiat sur le bien fondé de leurs prétentions.

Sans doute, il serait désirable que des procès de ce genre fussent rapidement vidés. Mais il l'est aussi que les prévenus puissent user des moyens de défense que la loi met à leur disposition : or refuser au prévenu de diffamation, le droit de faire défaut pour avoir le temps de préparer sa défense, c'est aller contre l'esprit de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, qui est essentiellement libérale. Si l'art. 52 de cette loi ne reproduit pas intégralement l'art. 21 de la loi de 1819, c'est que cela était

Digitized by Google

inutile, la partie de cet art. 21 consacrée au second délai, celui qui a pour point de départ l'opposition à l'arrêt par défaut, n'étant que la consécration des principes généraux en matière d'opposition. Il faut s'en tenir à ces principes, qui ne sont écartés par aucun texte formel de la loi de 1881.

Meurtre. Délit connexe. Prescription (P. art. 304, 2. J. cr. : art. 638).

Lorsqu'un meurtre a été accompli pour préparer, faciliter ou exécuter un délit, pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs de ce délit, la loi, écartant dans ce cas le principe du non cumul des peines, punit ce meurtre de la peine de mort. (art. 304-2, P.). Le délit connexe au meurtre constitue une circonstance aggravante du meurtre. Si trois ans au moins se sont écoulés depuis le délit, les juges, poursuivant le meurtre, peuvent-ils encore relever, à titre de circonstance aggravante du crime, ce délit, qui, s'il était poursuivi isolément, serait couvert par la prescription? La Cour de cassation a décidé l'affirmative dans un arrêt du 21 janvier 1887 (*Bull. crim.*, 1887, n° 18) : « Attendu qu'il résulte de l'art. 304, P. que le délit dont la « coexistence avec le meurtre a été déclarée par le jury, en « devient une circonstance aggravante, lorsque la corrélation de « ce délit avec le crime a été reconnue dans les termes dudit « article;... que le délit de vol ainsi apprécié, non comme une « infraction distincte, mais comme une circonstance aggravante « du meurtre, ne peut être soumis à une autre prescription que « celle du fait principal dont il n'est qu'un accessoire. »

Cette solution nous paraît exacte. On a fait cependant à la doctrine de la Cour de cassation des objections spécieuses. Sans doute, a-t-on dit, le délit connexe est, dans cette hypothèse, une circonstance aggravante du crime, mais il n'en conserve pas moins son individualité propre. Cela résulte des termes mêmes de l'art. 304, P. « Or ce délit, qui par sa connexité avec le « crime, va en devenir une circonstance aggravante, il faut « d'abord qu'il soit judiciairement établi et un délit ne peut être « judiciairement établi après une prescription de trois années « non interrompues. » (Note de M. Villey, sous l'arrêt précité, S. 88. 1. 233).

Digitized by Google

Pourquoi un délit ne peut-il pas être, en général, judiciairement établi après trois ans écoulés? Tous les criminalistes sont d'accord pour assigner à la prescription de l'action publique, deux fondements principaux : d'une part, l'oubli qui se fait autour de l'infraction, et, d'autre part, le dépérissement des preuves, d'autant plus rapides tous deux, que le fait a une gravité moindre. Or, dans l'espèce, il est impossible d'assimiler, à ce double point de vue, un délit connexe à un crime, à un délit isolé : le délit qui accompagne un crime et qui est une circonstance du crime, ne tombera pas plus vite dans l'oubli que le crime lui-même, d'autre part, les preuves du délit, recueillies en même temps que celles du crime et conservées avec elles ne dépériront pas plus rapidement. Les motifs sur lesquels repose la prescription triennale n'existent donc pas ici, comme en cas de délit isolé, et l'on comprend, en se plaçant à ce point de vue rationnel, que le délit ne se prescrive pas plus tôt que le crime.

Est-il vrai, d'autre part, qu'une infraction couverte par la prescription ne puisse pas être légalement établie? Au contraire, dans maintes circonstances, la constatation judiciaire de faits couverts par la prescription s'impose au juge : une personne lésée par un délit, laisse passer, sans poursuivre la réparation du préjudice causé, le délai de trois ans; son action civile est éteinte. Pour échapper à cette déchéance, elle poursuit devant la juridiction civile l'auteur du délit dommageable, mais en prenant soin de ne pas relever le caractère délictueux du fait, en fondant sa demande uniquement sur l'art. 1382, C. C.? — Dans ce cas l'auteur du dommage pourra repousser sa prétention, en invoquant le caractère délictueux de l'acte dommageable et le juge devra débouter le demandeur, s'il reconnaît la vérité des allégations du défendeur; il devra constater judiciairement l'existence d'un délit qui, dans l'hypothèse, est prescrit (Paris, 24 juin 1875, D. 1876. 2. 136. — Nancy, 23 janvier 75, Rec. des arrêts de la Cour de Nancy, 1876, p. 286). — Autre espèce : une personne ayant escroqué une signature, et n'ayant pas été poursuivie du chef d'escroquerie dans le délai de 3 années, veut ensuite demander au signataire le paiement du billet escroqué. Bien que le délit d'escroquerie soit prescrit, la partie poursuivie en paiement

Digitized by Google

pourra invoquer et le tribunal constater le caractère délictueux des faits au moyen desquels la signature a été obtenue. Encore un cas de constatation judiciaire d'un délit prescrit.

Il est donc inexact de poser en principe, qu'un délit prescrit ne peut jamais être constaté judiciairement.

— Dans le cas de l'article 304, C. P., il faut se garder de raisonner sur le délit connexe au meurtre, comme sur un délit isolé : la loi fait du délit une circonstance aggravante du meurtre; elle le lie indissolublement au meurtre; il en devient une qualité : les deux faits ne peuvent plus être envisagés séparément l'un de l'autre. Ce n'est plus un meurtre : c'est un meurtre commis pour faciliter un délit.

Réhabilitation. Demande de réhabilitation partielle (634, I. cr.).

La réhabilitation peut-elle être demandée et obtenue partiellement, c'est-à-dire, pour quelques-unes seulement des condamnations encourues et portées au casier judiciaire? Un individu condamné pour escroquerie, puis plusieurs fois pour délits de chasse ou de pêche, est-il recevable à former une demande en réhabilitation, à raison seulement de la condamnation pour escroquerie, de telle sorte que les autres condamnations subsisteraient? La Cour d'Orléans, dans un arrêt du 19 juillet 1887, a répondu négativement. La réhabilitation doit être totale ; la demande en réhabilitation doit porter sur tous les arrêts ou jugements de condamnation antérieurs ; elle doit embrasser le casier judiciaire entier ; par conséquent, et c'est là un des effets importants de cette solution, au point de vue pratique, elle ne peut être formée que 5 ans ou 3 ans au moins après que l'exécution de la *dernière peine prononcée* à pris fin (art. 620, I. cr.). — Si, au contraire, la demande en réhabilitation pouvait être partielle et ne viser que certaines des condamnations encourues, on ne tiendrait pas compte pour le calcul des délais de l'art. 620, des condamnations prononcées après celles dont on demanderait à être relevé. Le point de départ des délais serait le jour où aurait pris fin l'exécution de la condamnation visée dans la demande en réhabilitation.

A un autre point de vue, la possibilité d'une demande en réha-

Digitized by Google

bilitation partielle présente encore de l'intérêt : on pourrait ainsi faire disparaître de son casier judiciaire les condamnations entraînant avec elles une déchéance ou encourues pour des faits entachant l'honneur ou la probité, et laisser subsister les autres.

La réhabilitation ne peut être demandée ni obtenue pour partie; elle doit être totale, dit la Cour d'Orléans : « Considérant « que ce serait méconnaître le caractère et la portée de la réhabi- « litation que d'y voir simplement un moyen pour le condamné « de recouvrer les droits dont il a été déchu : que la réintégra- « tion dans ces droits est bien une conséquence de la réhabilita- « tion, mais que celle-ci est, avant tout, la constatation par la « justice de la régénération du délinquant; que la réhabilitation « a toujours été regardée comme une restauration morale qui « rendait au condamné l'intégrité de son premier état; considé- « rant que le droit de choisir parmi les condamnations à effacer, « n'a pu être attribué à celui qui en était l'objet, sous peine de « laisser subsister des condamnations qui, sans entraîner des « déchéances légales, emporteraient à leur suite de graves dé- « chéances morales; qu'on ne saurait dire, dans ce cas, que « celui qui obtient une décision favorable est *restitué* dans son « ancien état; que ce serait fausser l'idée légale qui a inspiré la « réhabilitation, et en rabaisser le caractère. » Nous approuvons entièrement cette doctrine. — A notre avis, celui qui demande la réhabilitation, en appuyant sa demande sur sa bonne conduite, doit être à l'abri de tout reproche, du moins aux yeux de la loi pénale, depuis le temps fixé par la loi, trois ou cinq ans, suivant le cas. Sans doute, il y a des condamnations, comme celles pour délits de chasse, et autres semblables, qui n'entachent en rien l'honneur de celui qui en est frappé; mais ce n'en sont pas moins des condamnations; elles figurent au casier judiciaire; il y a eu de la part de celui qui les a encourues, sinon une intention criminelle, du moins une négligence, une insouciance de la loi qui ne sont pas excusables de la part de celui qui prétend obtenir sa réhabilitation. Celle-ci est à la fois une faveur et un acte de justice, surtout depuis la loi du 14 août 1885; celui-là seul peut l'obtenir qui est devenu, complétement pur, sinon devant la loi

Digitized by Google

morale, ce que la justice humaine est incapable de connaître, du moins devant la loi pénale.

Echelles du Levant. Pouvoirs de police des consuls français. Droit d'arrestation pour faits commis en France.

Les capitulations donnent-elles aux consuls français dans les Échelles du Levant, le droit non seulement de poursuivre la répression des crimes et délits commis par des Français en territoire ottoman, mais encore de faire arrêter et d'envoyer en France les Français prévenus de crimes ou de délits commis en France et réfugiés en pays ottoman?

La Cour de cassation, dans un arrêt du 1er décembre 1887 (D. 88. 1. 89), rendu sur le rapport de M. de Larouverade, a tranché cette question dans le sens de l'affirmative.

« Attendu que les consuls de France, dans les Echelles du « Levant, sont investis, en vertu des traités et aux termes de « l'art. 82 de l'édit de juin 1778, non seulement du droit de « faire des règlements de police obligatoires pour leurs natio- « naux, mais encore, dans tous les cas *qui intéressent la politi- « que ou la sûreté du commerce*, du droit de faire arrêter et en- « voyer en France, tout *sujet français qui, par sa mauvaise « conduite ou par ses intrigues pourrait être nuisible au bien « général;* attendu que ces pouvoirs de juridiction et de haute « police, résultant d'une véritable délégation à la France de par- « tie de la souveraineté ottomane, sont généraux et absolus; que « par suite, si l'autorité consulaire française, substituée à l'auto- « rité turque, peut poursuivre les actes délictueux ou criminels « commis en pays ottoman par des Français au préjudice de « Français, et même réprimer de simples actes d'inconduite et « d'intrigue, elle possède *à fortiori*, sur le territoire où s'exer- « cent ces fonctions, le droit d'assurer la capture, etc.....; qu'il « serait tout à fait contraire à l'esprit des capitulations et de « l'édit de 1778 que les Français justiciables des consuls de leur « nation à raison des crimes et délits commis par eux dans toute « l'étendue des Échelles du Levant, pussent à l'égard des délits « dont ils se sont rendus coupables en France, se soustraire à « cette juridiction là même où, par la volonté du souverain du

Digitized by Google

« pays, les Français ont été mis en dehors de la juridiction otto-
« mane et placés sous l'autorité exclusive de leurs consuls. »

Cette solution nous paraît exacte, utile, nécessaire même pour sauvegarder les intérêts et le prestige de la France en Orient : mais les arguments sur lesquels elle s'appuie sont-ils les plus solides qui puissent être invoqués en sa faveur? Nous ne le pensons pas. Étendre la compétence et les pouvoirs des consuls français dans les Échelles du Levant, au delà des termes formels des traités, au moyen d'un raisonnement *a fortiori*, me paraît difficile à admettre. Car les textes invoqués, et qui déterminent ces pouvoirs, ne confèrent certainement pas aux consuls les droits que la Cour de cassation leur reconnaît. La capitulation de 1740, qui n'est, sur ce point, que la consécration d'actes antérieurs et qui est le fondement sur lequel repose le droit de police de nos consuls dans les Échelles du Levant, porte, dans son art. 15 que : « S'il arrivait quelque meurtre ou quelque autre désordre entre « les Français, leurs ambassadeurs et leurs consuls en décide-
« ront selon leurs us et coutumes, sans qu'aucun de nos offi-
« ciers puissent les inquiéter à cet égard. » D'autre part, l'art. 82 de l'édit de juin 1778 est ainsi conçu : « Dans tous les cas qui « intéresseront la politique ou la sûreté du commerce de nos « sujets dans les pays étrangers, pourront nos consuls faire arrê-
« ter et renvoyer en France, par le premier navire de la nation, « tout Français qui par sa mauvaise conduite ou par ses intri-
« gues, pourrait être nuisible au bien général. »

Ces deux textes visent évidemment des hypothèses toutes différentes de celle qui nous occupe.

Mais, dans les relations entre la France et la Porte, à côté des traités formels et explicites, les usages ont une grande importance; ils obtiennent force de loi. C'est ainsi qu'un usage constant étend aux crimes et délits commis par des Français contre des sujets de la Porte le droit de juridiction de nos consuls, que les traités ne consacrent que pour le cas où la victime est un Français. (Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Echelles du Levant et de Barbarie*, tome II, p. 350). — Des usages immémoriaux confèrent aussi aux consuls de France, dans ces pays, une sorte de droit de haute police sur tous les natio-

Digitized by Google

naux français y résidant; la Porte a abandonné aux consuls des différents États chrétiens, le soin de surveiller leurs nationaux et de réprimer les infractions qu'ils peuvent commettre; elle s'en désintéresse entièrement. C'est ce qui explique comment la France et la plupart des nations civilisées n'ont pas jugé à propos de conclure avec le Sultan, de traités d'extradition : elles les ont jugés superflus, en raisons des usages établis et ayant force de loi dans les rapports de la Porte avec les pays chrétiens : « Attendu, dit la « Cour d'Aix, dans un arrêt du 28 novembre 1848, qu'il n'existe « pas de traités entre la Porte et la France, parce qu'il y est « suppléé par des capitulations qui laissent les Français en dehors « de la juridiction turque, pour les placer sous l'autorité exclu- « sive des consuls de France. »

L'usage est du reste en harmonie avec l'esprit des capitulation. — La Cour de cassation, à laquelle était soumis l'arrêt de la Cour d'Aix précité, le constate : « Attendu qu'il serait tout à « fait contraire à l'esprit des capitulations que nos nationaux, « rendus justiciables de nos consuls, pour crimes et délits com- « mis dans les Echelles du Levant, pussent, à l'égard des crimes « et délits commis en France, obtenir un droit de protection et « d'asile sur cette portion du territoire étranger qui, par la « volonté du pays, a été soumis à la justice française. »

Ces usages, ayant force de la loi dans les relations de la France avec la Porte, sont évidemment opposables, tout comme un traité, à tout Français.

Frais et dépens. Partie civile. Consignation préalable. Intervention à l'audience (art. 182, J. cr., art. 160, décret du 18 juin 1811).

La Cour de cassation a résolu, en 1887, une question qui ne s'était plus posée devant elle depuis de longues années. La personne qui se constitue partie civile, à l'audience seulement, est-elle obligée, pour que son intervention soit recevable, de consigner préalablement les frais, conformément à l'art. 169 du décret du 18 juin 1811? Non, répond la Cour de cassation :

« Attendu que, si l'art. 160 du décret du 18 juin 1811 exige « qu'avant toute poursuite, la partie civile soit tenue de consi- « gner la somme présumée nécessaire pour les frais de la procé-

Digitized by Google

« dure, cette disposition qui a pour but de protéger le Trésor et « les citoyens contre les plaintes légères et irréfléchies ne saurait « s'appliquer au cas où la partie civile se constitue à l'audience « dans le cours d'un procès intenté d'office par le ministère « public; qu'en effet, lorsque les poursuites sont commencées et « doivent se continuer à la requête du ministère public, il n'y a « pas le même motif de soumettre l'intervention de la partie « civile à des garanties qui ne sont pas nécessaires, et qu'il serait « injuste qu'une obligation pécuniaire pût l'écarter d'un débat « qu'elle n'a pas provoqué, mais où elle a intérêt à faire valoir « ses droits... » — Crim. rej. 22 janvier 1887, *Gaz. Pal.*, 1888, 1re partie, p. 900). — C'était déjà la solution d'un arrêt du 12 août 1831 (Dall. Rép. alphab. vo *Frais et dépens*, no 974) (Cfr. Faustin-Hélie, *traité de l'instruction criminelle*, tome IV, p. 283). Mais, si cette doctrine paraît conforme aux motifs qui ont dicté au législateur l'art. 160 du décret, n'en viole-t-elle pas le texte en y introduisant une distinction qui n'y est pas écrite? L'art. 11 est, en effet, conçu en termes absolus : « En matière « de simple police et correctionnelle, la partie civile qui n'aurait « pas justifié de son indigence, sera tenue, avant toutes pour- « suites, de déposer au greffe ou entre les mains du receveur de « l'enregistrement, la somme présumée nécessaire pour les « frais de la procédure. » — D'autres arrêts, s'en tenant à la lettre de l'article, avaient décidé que toutes les fois qu'il y a partie civile en cause, elle doit consigner, soit qu'elle poursuive directement, soit qu'elle n'intervienne que comme partie jointe au ministère public (Crim. cass. 7 août 1829. — Crim. cass. 14 juillet 1831. — Toulouse, 5 novembre 1833). — Mais on peut répondre à ces arrêts, en invoquant, outre les motifs d'où est sorti l'art. 160, le texte même de l'article. Il n'est pas applicable en cas d'intervention à l'audience, de la partie lésée. Il dit, en effet, que la partie civile sera tenue, *avant toutes poursuites*, de consigner. Or, quand la partie civile n'intervient qu'à l'audience, elle ne peut consigner *avant toutes poursuites*, puisque les poursuites sont déjà commencées avant son intervention. Il y a là une impossibilité matérielle.

Donc la partie civile n'est soumise à l'obligation de l'art. 160

Digitized by Google

du décret de 1811, qu'autant qu'elle a pris l'initiative des poursuites. Mais elle peut la prendre de deux manières différentes : 1° Par voie de citation directe de l'auteur du délit devant le tribunal de simple police ou devant le tribunal correctionnel (182, I. cr.); 2° En déposant une plainte entre les mains du procureur de la République et en se constituant, en même temps, partie civile. Devra-t-elle, dans les deux cas, consigner préalablement les frais? Il nous paraît que oui, le texte et les motifs de l'art. 160 s'appliquant aux deux hypothèses. Cependant la jurisprudence a fait autrefois une distinction. Au cas où elle use de la voie de la citation directe, la partie civile n'est pas tenue de la consignation préalable. Elle n'y est obligée qu'autant qu'ayant porté plainte au procureur de la République, elle a joint à sa plainte une constitution de partie civile. (Crim. rej. 11 juillet 1828. Ch. réun. rej. 4 mai 1832. Metz, 12 nov. 1834). — L'arrêt rendu toutes chambres réunies, sur les conclusions du procureur général Dupin, constate qu'en cas de citation directe, c'est la partie civile qui a fait l'avance de tous les frais exposés jusqu'au moment de la comparution devant le tribunal correctionnel : citation du prévenu, des témoins, etc.; comment expliquer l'obligation de consigner au préalable une somme destinée à garantir à l'Etat le remboursement de frais qu'il n'a pas avancés? « Vu les art. 1 « et 160 du décret du 18 juin 1881, dit l'arrêt; attendu que « de la combinaison et du rapprochement de ces deux articles, « il résulte que le décret sus-énoncé a eu pour objet de fixer le « mode de liquidation des frais de procédure, en matière crimi- « nelle, correctionnelle et de police, dont l'avance doit être faite « par la Régie de l'enregistrement et de déterminer le mode de « recouvrement de ceux desdits frais qui ne doivent pas être à la « charge de l'État :... que cette corrélation des deux articles « prouve que *la consignation ordonnée par l'art. 160 ne peut « être considérée que comme une mesure prescrite pour assurer « le recouvrement des frais de procédure qui auraient été faits « à la requête du ministère public et dont la Régie pourrait être « tenue de faire l'avance;* que cette démonstration devient plus « sensible encore, lorsqu'on considère qu'en matière correction- « nelle la partie lésée peut agir par action directe contre le pré-

Digitized by Google

« venu; que ce droit lui est conféré par l'art. 182, C. I. cr. et qu'on « ne peut pas supposer que l'exercice de ce droit ait été entravé « par l'art. 180 du décret réglementaire du 18 juin 1811. »

Cette démonstration ne nous paraît pas concluante. D'abord, en ce qui concerne le dernier argument, on peut répondre que soumettre le droit de citation directe à certaines conditions, ce n'est pas l'entraver. D'autant plus que si la personne lésée fait la preuve de son indigence, elle sera dispensée de la consignation préalable. — D'autre part, outre les frais qui ont été faits jusqu'à la comparution à l'audience sur citation directe, et qui ont été avancés par la partie civile, il y en a d'autres possibles : à partir de ce moment, en effet, c'est le ministère public qui prend la direction de la poursuite; s'il requiert des mesures d'instruction, citation de nouveaux témoins, notamment au nom du prévenu indigent, expertises, etc..., ces frais devront être avancés par l'Etat; on comprend que pour en garantir le remboursement, une consignation préalable soit exigée de la partie civile qui a mis l'action publique en mouvement.

En résumé, lorsque la partie lésée se borne à se joindre à l'action du ministère public, en intervenant à l'audience, une consignation préalable ne peut lui être imposée ; si, au contraire, c'est elle qui prend l'initiative des poursuites, soit par voie de citation directe, soit en se portant partie civile dans la plainte qu'elle adresse au ministère public, elle est tenue de consigner d'avance le montant probable des frais de la procédure.

Abus ecclésiastique. Délit. Autorisation préalable de poursuivre. (Loi du 18 germinal an X, art. 6 et 8).

Lorsqu'un fait, reproché à un ministre du culte, constitue à la fois, un délit, aux yeux de la loi pénale, et un abus, aux termes de la loi du 18 germinal an X, ce fait peut-il être soumis directement aux juridictions de répression, ou bien ne peut-il être poursuivi devant elles qu'après l'autorisation des poursuites par le Conseil d'Etat ? Cette question a reçu récemment de la Cour de cassation une solution différente de celle que, depuis longtemps, elle avait adoptée (Cass. 2 juin 1888, S. 88. 1. 279 — V. aussi Nîmes, 29 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 88 : 2e partie. p. 97).

Digitized by Google

Trois opinions ont été soutenues. Suivant nombre d'auteurs considérables et d'arrêts déjà anciens, la poursuite n'est possible dans l'hypothèse dont s'agit, qu'autant que le Conseil d'Etat a préalablement déclaré l'abus et autorisé la poursuite, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que celle-ci est intentée à la requête du ministère public ou à la requête d'un particulier. On invoque, en ce sens, les termes tout-à-fait généraux des articles 6 et 8 de la loi de germinal : « Art. 6 : Il y aura recours au « Conseil d'État dans tous les cas d'abus de la part des supé- « rieurs et autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont... « la contravention aux lois et règlements de la République,..... « et toute entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, « peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitraire- « ment leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou « en injure ou en scandale public. »

Art. 8. « Le recours compétera à toute personne intéressée... « ... La personne qui voudra exercer ce recours adressera un mémoire détaillé... L'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée, suivant l'exigence des cas, aux autorités compétentes. »

Rien de plus clair et de plus compréhensif que ces deux articles. Ils sont encore en vigueur. Car la jurisprudence tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation est fixée en ce sens que l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII a laissé subsister les articles 6 et 8 de la loi du 18 germinal an X. (Conseil d'État : arrêts du 11 avril 1873, 22 janvier, 12 août et 8 décembre 1874, — 11 décembre 1875, — 14 février 1877, — Cass. 25 mars 1880, S. 1880. 1. 329). L'esprit de la loi commande la même solution. Assurer le respect dû aux ministres des cultes, le libre exercice de leurs fonctions ; assurer en même temps la répression des abus qu'ils commettraient dans l'exercice de ces mêmes fonctions, tel est l'objet de la loi de germinal. Dans ces questions toujours délicates, parfois brûlantes, on comprend que la loi n'autorise les poursuites devant les juridictions locales qu'après un premier examen de la part d'une juridiction élevée, impartiale, présentant toutes garanties, le Conseil d'État, et qu'après que cette juridiction a déclaré si l'ecclésiastique pré-

Digitized by Google

venu est resté dans ses attributions spirituelles ou en est sorti (Cormenin, *Droit administratif*. T. V, n° 247 ; — Ducrocq : *Cours de Droit administratif*. T. I, p. 628 ; — Le Sellyer, *Traité de la criminalité et de la pénalité* ; T. I, n° 621 s.)

La solution de la Cour de cassation, jusqu'aux derniers arrêts que nous allons étudier, consistait à faire une distinction suivant que les poursuites dirigées contre un ministre des cultes, devant les juridictions répressives, l'étaient à la requête du ministère public ou d'un particulier. Dans ce dernier cas seulement, le tribunal saisi était obligé, non pas de se déclarer incompétent, mais de surseoir à juger jusqu'à ce que la question d'abus eût été soumise au Conseil d'Etat et tranchée par lui (Cass., 10 août 1861, D. 61. 1. 348. — 8 mai 1869. — 25 mars 1880, D. 80, 1. 185. — 16 avril 1880, D. 80. 1. 234. — 19 avril 1883, D. 83. 1. 483). — L'effet de l'art. 6, suivant cette doctrine, est de mettre une restriction aux poursuites des particuliers ; mais le ministère public en est entièrement affranchi ; il conserve la pleine indépendance de son action : « Attendu, dit l'arrêt du 10 « août 1861, qu'aucune disposition des articles susnommés (6, 7, « 8du décret du 18 germinal an X.) ne porte que les ecclésias- « tiques ne pourront jamais être traduits pour crimes ou délits « relatifs à leurs fonctions, devant les tribunaux ordinaires de « répression, sans avoir été préalablement déférés au Conseil « d'Etat; qu'on objecterait vainement qu'il suffit que l'abus soit « contenu dans le délit, pour que le fait doive être soumis à la « juridiction chargée de déclarer les abus; qu'il est contraire à « tous les principes que, lorsqu'un fait constitue tout à la fois un « manquement disciplinaire et un délit, le tribunal disciplinaire « doive connaître du fait préalablement et préférablement au « tribunal chargé de réprimer le délit; qu'il faudrait une dis- « position spéciale et formelle qui, par dérogation au droit com- « mun; imposât ce recours préalable, même en cas de crime ou « de délit; que cette disposition n'existe pas.... Que dans le « silence de la loi, la règle générale écrite dans les articles 1 et « 22 du Code d'Instruction criminelle conserve son empire; « Attendu, il est vrai, qu'énumérant dans l'art. 6 tous les cas « d'abus, le législateur y a expressément rangé *toute entreprise*

Digitized by Google

« *ou procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre* « *l'honneur des citoyens*, etc... ; qu'une telle disposition, pro- « tectrice de l'honneur et de la considération de la vie privée, a « pour effet d'atteindre même le délit de diffamation, lorsque se « confondant avec l'acte de la fonction ecclésiastique, la diffama- « tion vient à se produire en chaire et demeure inséparable de « l'abus proprement dit : que, dans les cas de cette nature, il « appartient à la sagesse du législateur de mettre une barrière « au devant de l'action privée et de la soumettre préalablement « à la poursuite devant les tribunaux répressifs, à l'examen et « à l'appréciation du Conseil d'Etat; que cette restriction ne « concerne que les particuliers, que le ministère public en de- « mêure affranchi. »

Tel est l'arrêt où se trouve le mieux motivée la distinction qu'admettait autrefois la jurisprudence. Cet arrêt tronque l'art. 6 de la loi de germinal; il n'en cite que la partie finale qui se prête, plus ou moins bien, à la distinction qu'il s'agit d'établir; mais il néglige et passe sous silence les premiers mots, tout à fait généraux : « Les cas d'abus sont : *les contraventions aux lois et règlements* de la République.... », termes qui ne se prêtent à aucune distinction entre l'action publique et l'action privée.

Cette jurisprudence a vécu. D'après un arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 1888, ni la personne lésée, ni le ministère public n'ont besoin, pour poursuivre un ecclésiastique pour faits se rattachant à sa fonction, de demander ni d'attendre l'autorisation du Conseil d'État. — Le délit prime l'abus. Le Concordat n'a pas pour but de protéger l'Église contre l'État, mais bien l'Etat contre l'Église. — Déjà la jurisprudence du Conseil d'État était en ce sens (Arrêt du 17 août, 1880 S. 82. 3. 13; — 17 mars 1881, S. 82. 3. 54) : — « Considérant que la nécessité « d'une semblable autorisation ne résulte, disent ces arrêts, « d'aucun texte de loi; que les particuliers ont, aussi bien que « le ministère public, le droit de poursuivre les ministres du « culte devant les juridictions de droit commun. » Cette affirmation tranchante et sans preuve dispense le Conseil d'État de tout argument. La Cour de cassation, dans son arrêt du 2 juin 1888, y met plus de formes. « Attendu, dit-elle, qu'aucune disposition

Digitized by Google

« des arrêts précités (6, 7, 8, Décret du 10 germinal an X) ne « porte que les ecclésiastiques ne pourront être traduits, soit par « les particuliers, pour des délits relatifs à leurs fonctions, soit par « le ministère public, devant les tribunaux ordinaires de répres- « sion, sans avoir été préalablement déférés au Conseil d'État. » Suit le raisonnement de l'arrêt de 1861 précité, sur le manquement disciplinaire et le délit. L'arrêt se termine ainsi : « At- « tendu que cette disposition n'existe, ni à l'égard du ministère « public, ni en ce qui concerne l'action de la partie civile. »

Attendu que rien ne peut la suppléer, que dans « le silence « de la loi, la règle générale écrite dans les art. 1 et 22 du Code « d'instruction criminelle conserve son empire. »

En somme, il y a là aussi une affirmation pure et simple : il n'y a pas de texte. Mais alors, que peuvent signifier les art. 6 et 8 du décret de germinal : « Il y aura recours au Conseil d'État dans tous les cas d'abus.... Les cas d'abus sont : la contravention aux lois et règlements. — L'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée, suivant l'exigence des cas, aux autorités compétentes. » Il faut les rayer de notre loi. — D'autre part, il nous paraît absolument faux de considérer le Concordat comme ayant pour objet unique de protéger l'État contre les empiètements de l'Église. Le concordat est un traité, un accord intervenu entre les deux pouvoirs, l'État français et le Pape, et ayant pour objet de tracer les limites où chacun doit se renfermer, de donner à chacun des garanties, de les protéger tous deux contre les empiétements l'un de l'autre. Tout autre point de vue est historiquement inexact, et politiquement dangereux.

Audience. Publicité. Cartes d'admission.

Les audiences des juridictions de répression doivent être tenues publiquement. Doit-on considérer comme publique, au sens de la loi, l'audience d'une Cour d'assises où ne peuvent pénétrer que les personnes munies d'une carte du président? Le moyen avait été proposé, dans une affaire terminée par un arrêt de rejet du 11 août 1887 (Bull. crim., 87 p. 495); mais il manquait en fait, car le procès-verbal de l'audience attestait qu'elle avait été pu-

Digitized by Google

blique, et, en l'absence d'inscription de faux, cette affirmation s'imposait à la Cour de cassation. Mais la question est intéressante, d'autant plus qu'elle peut se présenter plus fréquemment qu'autrefois, les débats d'assises recrutant aujourd'hui leurs auditeurs dans des classes sociales qui s'abstenaient autrefois de ce genre de spectacle. — Les art. 153, 190 et 309, I crim., se bornent à dire : « L'instruction sera publique à peine de nullité. — Les jurés se placeront sur des sièges séparés du public. » — La publicité des audiences établie par la loi des 8-9 octobre 1790, a été maintenue par constitution de l'an III (art. 208), la charte de 1814 (art. 64), la charte de 1830 (art. 55), la constitution de 1848 (art. 81). L'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 prononce la nullité des arrêts qui ne seront pas rendus publiquement.

Mais quand peut-on dire d'une audience qu'elle est publique ? En principe une audience doit être considérée comme publique lorsque les portes sont ouvertes, la salle accessible à tout venant, de telle sorte qu'à tout moment peut s'exercer le libre contrôle du public, que le législateur considère, et avec raison, comme une des meilleures garanties d'une bonne administration de la justice. Voilà la véritable publicité de l'audience. Mais si les portes sont fermées au public et ne sont ouvertes qu'à certaines personnes et sous certaines conditions (port de la robe d'avocat, — présentation d'une carte délivrée par le président) y aura-t-il là une cause de nullité du verdict pour défaut de publicité? Un arrêt de cassation du 6 février 1812 reconnaît au président le droit de distribuer des billets pour les places de la salle et déclare « qu'il ne résulte de là qu'une mesure d'ordre et de police « d'audience qui ne contrarie pas la publicité des débats. » A notre avis, cette solution est exacte. Que cet usage de distribuer des entrées de faveur ne soit pas des plus louables, que la dignité de la justice puisse y perdre, celà est certain. Mais là n'est pas la question. Elle est de savoir s'il y a, dans ce cas, nullité pour défaut de publicité légale? Non. La publicité n'est pas, en effet, chose absolue : elle est susceptible de degrés ; elle peut être plus ou moins complète. Quand des centaines de personnes se sont introduites dans une salle, fût-ce à l'exclusion de quelques autres,

Digitized by Google

peut-on prétendre raisonnablement que l'audience n'est pas publique? On peut, du reste, induire ce droit du président des assises, de n'accorder l'entrée de la salle qu'aux personnes munies de cartes, de l'art. 267, I. cr., qui lui donne la police de l'audience.

E. GARDEIL.

DE LA REVENDICATION ET DE LA PUBLICIENNE EN DROIT FRANÇAIS [1],

Par M. C. Appleton, professeur à la Faculté de droit de Lyon.

374. Plan de ce chapitre. — 375. Exposé des différentes opinions : *Premier système*. Point de modification au droit ancien. — 376. *Second système* (Aubry et Rau, jurisprudence). Il s'agit de savoir quelles preuves doit fournir, selon les cas, le revendiquant. — 377. Première hypothèse : le demandeur a un titre et le défendeur n'en a pas. — 378. Deuxième hypothèse : les deux parties ont des titres : 1° émanés du même auteur; 2° de deux auteurs différents. Examen critique des diverses opinions. — 379. Troisième hypothèse : les parties ne produisent aucun titre. Distinction de la jurisprudence. — 380. *Troisième système*. Il exige dans tous les cas la preuve positive de la propriété du demandeur. — Citation de M. Montagne. — 381. Réfutation du système de Laurent. L'art. 1315 ne saurait être appliqué à la preuve de la propriété. En matière de revendication, l'adage *actori incumbit onus probandi* doit être interprété aujourd'hui comme il l'a toujours été jusqu'au Code civil. — 382. En définitive la loi est muette et, dans le silence des textes, il est légitime d'appliquer les principes romains reçus et pratiqués chez nous jusqu'au Code civil. Les rédacteurs du Code nous y autorisent eux-mêmes. Avantages du maintien intégral des anciens principes. — 382 *bis*. Toutes les solutions de la jurisprudence actuelle peuvent se justifier en faisant appel aux principes de la Publicienne, c'est-à-dire à la tradition historique; en effet, les présomptions de propriété invoquées par les arrêts ne sont que des présomptions de possession. La jurisprudence se serait donc placée sur un terrain plus solide en invoquant le silence du Code et la tradition historique. — 383. Même en faisant abstraction de la tradition historique, et en n'invoquant que le Code, la plupart des solutions jurisprudentielles peuvent se justifier. Les faits de possession suffisante pour prescrire pouvant être prouvés par témoins, admettent aussi la preuve par présomptions de l'homme; par conséquent, pour justifier la plupart des arrêts il suffit de substituer l'idée : « *présomptions de prescription* » à celle de « *présomptions de propriété* » admise par ces arrêts. La preuve de la prescription par des présomptions de l'homme doit d'ailleurs être admise avec plus de facilité à mesure que la preuve testimoniale devient plus

[1] Cet article forme le chap. XXVIIIe et dernier d'un ouvrage qui paraîtra incessamment à la librairie E. Thorin (*Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 2 vol. gr. in. 8°, par C. Appleton, professeur à la Faculté de droit de Lyon).

Digitized by Google

difficile. C'est ce qui arrive pour les faits de possession accomplis, non par le plaideur actuel, mais par son auteur. — 384. Application de ces idées aux trois hypothèses prévues ci-dessus. — 385. Critique des doctrines qui font table rase de la tradition historique. Justification de sa légitime autorité, particulièrement en ce qui touche la Publicienne.

374. — Nous arrivons à la question de la Publicienne en droit français; ce sujet a été déjà exposé par des auteurs éminents avec presque tous les développements qu'il comporte. Nous nous proposons, après avoir rappelé les opinions qui se sont fait jour, d'insister sur les solutions de la jurisprudence. Nous essaierons de montrer qu'on serait arrivé aux mêmes résultats, et qu'on les eût peut-être plus fortement justifiés, en s'appuyant uniquement sur les principes de la Publicienne, demeurés en vigueur même sous le Code civil. Enfin nous nous demanderons s'il n'est pas possible, même en faisant abstraction de la tradition historique, de justifier les règles posées par la jurisprudence en matière de revendication immobilière.

375. — *Premier système.* — On a tout d'abord soutenu que la Publicienne subsistait dans notre droit au profit du possesseur de bonne foi avec juste titre, c'est-à-dire, exactement dans les conditions où elle existait en droit romain [1].

Ce système s'appuie sur la tradition historique, corroborée par des motifs d'équité. Nous l'adopterons en principe, sous le bénéfice de certaines observations qui vont être présentées tout à l'heure.

Subsidiairement, nous nous rallierons au second système, celui de la jurisprudence, en essayant de l'appuyer sur des motifs un

[1] *Sic :* Troplong, *De la vente*, t. I, n° 235 et *Prescription*, I, n° 230. — Duranton, IV, 233 et s. — Delvincourt, t. VI, n° 21. — Merlin, *Répertoire* v° Revendication, § II, n° 3. — Demolombe, IX, 481. Il est intéressant de reproduire ici les expressions dont se sert Troplong, *Prescription, loc. cit.* : « Le possesseur de bonne foi qui vient à perdre la possession de la chose a l'action publicienne, analogue à l'action de revendication, pour obtenir d'être rétabli dans la jouissance de cette chose détenue par un possesseur dont le titre est moins coloré que le sien. On suppose que le possesseur a une propriété appelée, en droit romain, *publicienne* (Troplong a voulu dire sans doute *prétorienne*) c'est-à-dire une quasi-propriété, une propriété présumée, qui doit prévaloir tant que la vraie propriété n'est pas reconnue. » — Troplong, on le voit, reconnait parfaitement que le droit du possesseur de bonne foi, bien qu'opposable à certaines personnes seulement, n'en est pas moins une sorte de propriété.

Digitized by Google

peu différents de ceux qui ont été invoqués en sa faveur par les auteurs ou les arrêts.

Les adversaires de cette première doctrine, partisans du second système, repoussent l'autorité de la tradition historique en faisant remarquer que la Publicienne ne peut plus exister dans notre droit avec des caractères identiques à ceux qu'elle avait en droit romain. Elle exigeait la bonne foi, parce que la bonne foi était nécessaire ponr aquérir par usucapion. Mais chez nous la prescription trentenaire pouvant s'opérer au profit de possesseurs de mauvaise foi, si on n'accordait la Publicienne qu'aux acquéreurs de bonne foi, on ne la donnerait pas à tous les possesseurs *in via usucapiendi;* les deux institutions, la prescription et la Publicienne, ne marcheraient plus parallèlement l'une à l'autre.

Cet argument ne nous semble pas décisif. D'abord, en admettant qu'il y aurait des inconvénienst pratiques à n'accorder au possesseur qui ne produit aucun titre que la protection des actions possessoires, il ne serait pas réduit à ce seul secours, même en adoptant le premier système. S'il ne réussit pas à prouver directement une possession trentenaire, on pourra encore admettre en sa faveur des présomptions de l'homme tendant à rendre probable cette possession de trente ans, alors surtout qu'il se trouvera en face d'un adversaire qui n'a pas une possession utile pour prescrire. Voyez sur ce point ce que nous dirons plus bas n° 383.

Enfin, l'esprit de la législation romaine étant d'attribuer la Publicienne à toute personne *in via usucapiendi*, nous resterons fidèles à l'esprit de la tradition historique en attribuant cette action au possesseur sans titre, s'il y a eu d'ailleurs une possession utile pour prescrire, puisque, de nos jours, on peut prescrire sans titre.

Il y aurait lieu toutefois de préférer au possesseur sans titre celui qui en peut produire un. Nous ne sommes pas ici en présence de deux personnes ayant un droit égal, cas dans lequel le défendeur doit toujours l'emporter, comme cela a lieu en droit romain pour deux acquéreurs de bonne foi *a diversis non dominis.*

Le droit à la prescription du possesseur muni d'un acte d'acquisition est beaucoup plus fort que celui du possesseur sans titre; le premier usucapera (entre présents) par un délai trois

Digitized by Google

fois moindre; il pourra invoquer la possession de ses auteurs, ce qui n'est pas possible au possesseur sans titre.

Par conséquent nous ne nous écarterions pas de la voie tracée par la tradition historique, nous nous bornerions à la continuer dans la même direction, en préférant, sous le droit actuel, l'acquéreur muni d'un titre, au possesseur qui n'en peut invoquer aucun.

Comme on n'aliène guère ce qu'on ne possède pas, un acte d'acquisition doit d'ailleurs faire présumer, sauf preuve contraire, que l'aliénateur avait la possession au temps de l'acte, et l'a transmise à l'acquéreur.

376. — *Deuxième système.* — « La question », disent MM. Anbry et Rau, « doit se poser autrement chez nous. Elle se réduit à une simple question de preuve, celle de savoir quelles sont, dans telles circonstances données, et eu égard à la position du défendeur, les justifications à faire par le demandeur en revendication[1]. »

Remarquons en passant que ce système se rapproche beaucoup plus du droit romain que les auteurs cités ne semblent le croire. C'est tout à fait dans ces termes-là que la question se posait à l'époque de Justinien, alors que la Publicienne et la revendication ne différaient plus en la forme. Il s'agissait, alors comme aujourd'hui, de déterminer la nature et l'étendue des preuves à fournir, selon les cas, par le demandeur revendiquant.

A l'appui de ce système on fait remarquer que la loi garde le silence sur les éléments constitutifs de la preuve du droit de propriété; qu'ainsi elle ne détermine point de quelle manière cette preuve doit être administrée. Par conséquent il faut avoir recours à des considérations d'équité, dont la valeur est d'ailleurs corroborée par une tradition historique constante et par les nécessités de la pratique.

En effet, dans l'état de la propriété immobilière en France, il serait impossible en pratique d'exiger du demandeur la preuve parfaite de la propriété, c'est-à-dire de lui imposer l'obligation de démontrer qu'il a usucapé par lui-même ou par ses auteurs, car les divers actes d'acquisition successive qu'il pourrait pro-

[1] Aubry et Rau, § 219-1°. — Voyez surtout une note très développée sous Cassation, 27 décembre 1865, Dalloz, 65. 1. 5.

Digitized by Google

duire ne prouveront jamais qu'il soit propriétaire; resterait à montrer que l'aliénateur avait la propriété; il faudrait donc toujours en arriver à la prescription. Or, le délai de la prescription est très long, d'ailleurs elle peut être suspendue par des causes assez nombreuses; dès que l'on remonte un peu haut, les éléments de preuve font le plus souvent défaut.

D'un autre côté, les transformations du sol, les démembrements de la propriété immobilière qui se subdivise et se reconstitue au moyen de parcelles d'origines très variées, créent souvent d'inextricables complications, en telle sorte que beaucoup de propriétaires véritables se verraient dépouillés de leur droit, si, dès qu'ils ont perdu la possession annale, on les obligeait à rapporter la preuve complète de leur propriété.

Dès lors, dans le silence de la loi, il fallait bien admettre qu'à défaut de preuve directe les tribunaux sont autorisés à s'inspirer de simples indices, et à donner l'avantage à celui des deux plaideurs en faveur duquel militent les plus fortes présomptions de propriété.

C'est ainsi qu'on en est venu au système jurisprudentiel dont voici les principaux traits :

377. — *Première hypothèse :* Le demandeur a un titre et le défendeur n'en a pas.

« Dans ce cas », disent MM. Aubry et Rau, « le revendiquant doit être considéré comme justifiant suffisamment de son droit de propriété pourvu que son titre soit antérieur à la possession du défendeur. Dans ce cas en effet, et au point de vue des rapports des parties engagées dans le litige, la possession récente du défendeur ne peut guère être envisagée que comme une usurpation commise au préjudice du demandeur[1]. »

« Au cas contraire, il devrait, pour faire admettre sa demande, prouver le droit de propriété de son auteur au moyen d'une justification analogue à celle qui vient d'être indiquée, c'est-à-dire en produisant le titre de ce dernier, et en prouvant que ce titre est d'une date antérieure à la possession du défendeur[2]. »

Cette solution ne s'écarte pas sensiblement de la tradition his-

[1] Aubry et Rau, 3e éd. § 219, note 6.

[2] Voyez en ce sens : Cassation, 22 juin 1864, D. 1864, I, 412 — S. 1864,

Digitized by Google

torique. Nous avons vu en effet, à la fin du n° 376, qu'en appliquant au droit moderne l'idée essentielle de la Publicienne, on arrive à préférer l'acquéreur avec juste titre, bien que, de nos jours, le possesseur sans titre lui-même puisse usucaper.

378. — *Deuxième hypothèse :* Le défendeur produit aussi un titre.

Je n'ai point trouvé, dans les recueils, de document de jurisprudence applicable à ce cas, mais les auteurs, suivant l'exemple de Pothier, font une distinction :

1° Si les titres émanent de la même personne, on donne la préférence au titre le plus ancien; depuis la loi du 23 mars 1855 au titre qui a été transcrit le premier[1]. Les deux parties sont donc traitées comme s'il était hors de doute que leur auteur avait la propriété. On va plus loin; on donne la même solution dans le cas où le défendeur prouverait positivement que la personne dont le demandeur et lui tiennent leur titre n'était pas propriétaire[2].

Remarquons toutefois que cette dernière hypothèse n'est guère pratique. En général, le défendeur ne pourra prouver que l'auteur commun n'était pas propriétaire, qu'en démontrant que la propriété appartient à un tiers. Ce serait bien imprudent, car ce tiers n'aura alors qu'à utiliser la preuve qu'on a bénévolement faite pour lui, pour revendiquer avec succès contre l'une quelconque des parties en cause, et jouer ainsi, mais en tout bien tout honneur, le rôle de troisième larron.

I, 349. — Rouen, 1er février 1865, D. 1866, II, 171. — S. 1866, II, 180; (Voyez les principaux considérants de cet arrêt plus bas, note 17). — Cass. 27 décembre 1865, S. 1866, I, 205. — D. 1866, I, 5, et la note contenant une dissertation très complète sur la question. — Aix, 29 fév. et 16 mars 1872, S. 1873, II, 49 (il y a sous cet arrêt une note de M. Naquet résumant en somme le système de Laurent, voyez plus bas n° 380); D. 74, II, 49. — Bordeaux, 18 déc. 1879, S. 80, II, 109. — Pau, 8 mai 1872, S. 73, II, 79; D. 73, II, 231. — Cass. 20 juillet 1874. S. 74. I, 363. — Bordeaux, 6 avril 1883, S. 83, 2, 148. — Req. rej. 23 janvier 1884, S. 1884, I, 152. Voyez encore *infra* n° 379, note 12, 2e alinéa *in fine*.

[1] Aubry et Rau II, § 219, quatrième édition, texte et note 9. — Note de Dalloz, 1866, I, 5.

[2] Dalloz, 1866, I, 5, note. — On applique donc ici le principe posé en matière de Publicienne par les L. 9, § 4 D. *h. t.* et 31, § 2 D. *De act. empti*, 19, I.

Digitized by Google

2° Si au contraire les deux parties tiennent leur titre d'auteurs différents, on se divise :

A) Les uns [1], suivant la doctrine de Julien et d'Ulpien (L. 9, § 4, D., *h. t.*), font triompher le défendeur en vertu de la maxime : *in pari causa melior est causa possidentis.*

Cependant les auteurs cités font exception à ce principe lorsque le demandeur établit que son auteur l'eût emporté sur celui du défendeur dans le cas où la contestation se serait élevée entre ces derniers : on invoque ici la règle : *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

Pour préciser les idées, prenons un exemple :

Primus a vendu à *Secundus* en 1880, *Secundus* à *Tertius* en 1883.

D'un autre côté *Pierre* a vendu le même immeuble à *Paul* en 1882, et *Pierre* n'avait pas de titre; sa possession ne remontait pas d'ailleurs au-delà de 1881.

Si *Tertius* revendique contre *Paul*, il triomphera, d'après MM. Aubry et Rau, car son auteur *Secundus*, qui avait un titre, l'aurait emporté sur *Pierre*, auteur du défendeur *Paul*, puisque *Pierre* n'avait point de titre et que sa possession était postérieure au titre de *Secundus*.

Il faudrait, dans ce système, décider aussi, ce nous semble, que si le demandeur prouvait qu'il l'eût emporté sur l'auteur du défendeur, il devrait gagner son procès; exemple :

Le demandeur *Secundus* a acquis de *Primus* en 1884, et le défendeur *Paul* de *Pierre* en 1887. Or, le demandeur prouve qu'au moment de son acquisition (1884), *Pierre*, l'auteur du défendeur, ne possédait pas. Donc, dira *Secundus*, si j'eusse revendiqué contre Pierre qui possédait en 1887, date de votre acquisition, je l'aurais emporté, car j'avais un titre, et lui n'avait ni titre ni possession *antérieure à mon titre.*

Mais il nous semble que les partisans de cette doctrine ne justifient pas suffisamment les restrictions qu'ils apportent au principe posé par la L. 9 § 4 D. *h. t.*

On restera fidèle à la tradition historique en déclarant qu'en cas de titres émanés d'auteurs différents le possesseur doit tou-

[1] Aubry et Rau, II, § 219 texte et note 10, quatrième édition.

Digitized by Google

jours l'emporter, on pourra dire que les rédacteurs du code n'ont pas entendu modifier cette tradition.

Ceux qui rejettent la tradition historique (voyez plus bas, troisième système) donneront aussi cette solution par un autre motif : à savoir que le demandeur, ne justifiant pas de son droit, doit être débouté. Mais, modifier la solution romaine en y apportant des restrictions, remonter aux auteurs des parties, c'est, il nous semble, tomber complètement dans l'arbitraire, et naviguer sans boussole. Tout au moins la solution ne se trouve plus alors suffisamment justifiée.

Les raisons qu'on invoque ne satisfont point. Parce que j'aurais triomphé de votre auteur, ou mon auteur du vôtre, cela prouve-t-il que je doive triompher de vous? L'acquisition d'un titre modifie la situation. Un possesseur sans titre ne pourrait revendiquer, s'il perdait sa possession, et si un tiers l'acquérait; qu'il aliène, et son acquéreur dépossédé pourra revendiquer, comme il a été dit ci-dessus (première hypothèse); il a donc plus de droits que son auteur.

A l'argument du demandeur, (à savoir que ce demandeur eût triomphé de l'auteur du défendeur) le défendeur peut répondre qu'il importe peu qu'on eût triomphé de son auteur, qu'il a plus de droits que cet auteur, puisque cet auteur n'avait point de titre, tandis que lui, défendeur actuel, en a un. Au point de vue de la bonne foi, par exemple, la situation est changée. Le titre fait supposer la bonne foi qui, autrement, reste douteuse. Le titre permettra au possesseur de prescrire par dix ans, d'invoquer la possession de son auteur, avantages auxquels ne peut prétendre le possesseur sans titre.

B) D'autres [1], suivant l'opinion de Nératius [2], consultent la date des titres, même dans le cas où les deux parties ont des auteurs différents. Il n'y aurait pas d'ailleurs à se préoccuper ici de la date des transcriptions, cette formalité n'ayant d'importance qu'entre acquéreurs tenant leur droit d'un auteur commun.

En l'absence d'une preuve certaine de propriété, dit-on, on

[1] Dalloz, 66, I, 5, note.

[2] L. 31, § 2, D. *De act. empti*, 19, I.

Digitized by Google

est toujours dans le domaine des présomptions, soit que les deux parties s'arment de titres d'une origine commune, soit que le débat s'engage entre les titres du demandeur et la seule possession du défendeur, soit que le demandeur et le défendeur invoquent des titres d'origine différente. Celle des parties qui justifiera que son droit existait chez elle avant de naître chez l'autre, sera déclarée propriétaire, sans qu'on ait à se préoccuper du fait de la possession actuelle, fait qui n'est décisif que dans le seul cas où le revendiquant ne produit aucun titre [1].

« Pour que l'acte produit par le défendeur » dit l'annotateur de Dalloz (1886, I, 5) « lui fournisse un secours que sa possession ne peut lui procurer, il est nécessaire, cela est manifeste, que cet acte ne soit pas affecté du même vice que la possession elle-même. L'argument de date apparaît donc de nouveau. Le titre du défendeur est-il antérieur à celui du demandeur, il aura la même force qu'une possession antérieure; est-il postérieur, il n'aura pas plus d'efficacité qu'une possession postérieure. Même en se joignant à elle, il ne lui apporte aucun appui.

« Les dates respectives des titres doivent donc être ici consultées, comme elles le seraient si les titres émanaient de la même personne, sauf qu'on n'a pas, dans l'hypothèse qui nous occupe, à se préoccuper de la transcription, cette formalité n'étant exigée qu'entre acquéreurs tenant leurs droits d'un auteur commun.

« Ainsi la règle ne varie pas. En l'absence de preuve certaine de la propriété, on est toujours dans le domaine des présomptions, soit que les deux parties s'arment de titres d'une origine commune, soit que le débat s'engage entre les titres du demandeur et la seule possession du défendeur, soit que le demandeur et le défendeur invoquent des titres d'origine différente. Celle des parties qui justifiera que la présomption existait chez elle avant de naître chez l'autre, sera déclarée propriétaire, sans qu'il y ait à se préoccuper du fait de la possession actuelle, qui n'est décisif que pour le seul cas où le revendiquant ne produit aucun titre. »

[1] Montagne, *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, Thèse pour le Doctorat, Poitiers, 1879, p. 210.

Digitized by Google

Cette argumentation nous paraît reposer sur un malentendu. Si, lorsque le défendeur n'a pas de titre, sa possession postérieure au titre du demandeur n'est pas prise en considération, c'est qu'alors, comme le disaient très bien Aubry et Rau dans leur troisième édition (§ 219, note 6), la possession récente du défendeur ne peut guère être considérée que comme une usurpation au préjudice du demandeur.

C'est la prise de possession *sans titre* qui donne à la possession du défendeur ce caractère d'usurpation, c'est l'absence de titre qui lui imprime ce vice.

Ce n'est pas seulement parce qu'elle est postérieure, c'est surtout parce qu'elle est dénuée de titre qu'elle ne doit point préjndicier au demandeur.

Mais, si elle s'appuie sur un titre, ce vice disparaît complètement : la possession que les deux parties ont eue a été légitime, et, dans le doute sur la question de savoir lequel de leurs deux auteurs était propriétaire, le défendeur doit l'emporter.

L'annotateur de Dalloz a perdu de vue le motif qui rend inefficace la possession du défendeur quand elle est postérieure au titre du demandeur. Il a aussi oublié la raison qui la rend efficace au contraire, quand elle est antérieure. L'auteur du demanmandeur ne peut pas être présumé propriétaire, lorsqu'au moment où il a vendu l'immeuble, cet immeuble se trouvait dejà en la possession du défendeur actuel, ainsi que l'explique Pothier. Il est très vraisemblable qu'on a la propriété du bien que l'on aliène, si on le possède en ce moment ; mais, s'il en est autrement je ne puis me faire un titre efficace contre vous « *me faisant passer un acte de vente d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne le possède pas* [1]. »

Nous croyons donc que cette dernière opinion doit être réprouvée, même si l'on admet le principe sur lequel repose le système dont nous étudions en ce moment les trois cas d'application, c'est-à-dire en laissant de côté la tradition historique, en se plaçant seulement au point de vue de la preuve requise dans la revendication, et en admettant qu'à défaut de preuves directes les tribunaux peuvent et doivent, dans cette matière, se contenter

[1] Pothier, *Propriété*, n° 324.

Digitized by Google

de simples indices, pour donner gain de cause à la partie ayant le droit le plus probable.

379. — *Troisième hypothèse.* — Les parties ne produisent pas de titre. Ici la jurisprudence distingue :

a) Si le défendeur a une possession exclusive et bien caractérisée, utile pour la prescription, il doit l'emporter, quelque graves que puissent être les présomptions de fait militant en faveur du demandeur[2].

[2] Aubry et Rau, II, § 219, note 10. — Cass. 22 nov. 1847, S. 48. 1. 24. — D. 47. 1. 378. Req. rej., 9 déc. 1856, S. 57. 1. 588. — Cass, 10 janv. 1860, S. 60. 1. 340; D. 60. 1. 74. La Cour suprême, dans ce dernier arrêt, repousse les présomptions, quelle que soit la modicité de la valeur de l'immeuble. C'est évidemment aller trop loin : lorsque la valeur du litige ne dépasse pas 150 francs, la preuve testimoniale est admissible : or les présomptions de l'homme sont recevables toutes les fois que la preuve testimoniale est admise : art. 1341 cbn. avec art. 1353. Comp. Laurent, t. VI, p. 218.

Dans le procès sur lequel est intervenu cet arrêt, il n'était pas tout à fait exact de dire, comme le fait la Cour suprême, que « le demandeur ne produisait aucun titre ». Il résulte au contraire de l'arrêt cassé que le demandeur avait un titre, mais ce titre était postérieur à la possession prouvée des défendeurs; cet arrêt pourrait donc être ajouté à ceux cités à propos de la première hypothèse, *supra*, n° 377, note 4.

Cet arrêt de cassation n'est-il pas en contradiction avec celui de rejet rendu par la même chambre civile trois mois plus tard (Civ. rej. 16 avril 1860, S. 60. 1. 801; D. 60. 1. 251) et par laquelle la Cour admet que les tribunaux peuvent rechercher « *dans les faits et circonstances de la cause des indices de propriété et des éléments de décision* » : « *indices de propriété* » ne sont-ils pas synonymes de *présomptions de propriété?*

Il n'y a pas contradiction, parce que dans le premier cas (présomptions rejetées) le défendeur avait la possession, tandis que dans le second cas (indices admis) la possession du défendeur était incertaine, équivoque et clandestine.

Mais l'arrêt de cassation du 10 janvier 1860 n'en est pas moins mal rendu à un autre point de vue, parce qu'en déclarant que le défendeur avait la possession, il se met en contradiction avec les faits souverainement constatés par la Cour d'appel. « Considérant », disait ette dernière « que la possession partielle qu'ils (les défendeurs) peuvent avoir d'icelui (le terrain litigieux) *n'a pas le caractère voulu pour fonder à leur profit un droit de propriété!* » L'on rentrait donc dans le second cas (voyez au texte *b*), celui où les faits de jouissance du défendeur ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile pour prescrire, cas dans lequel la Cour

Digitized by Google

b) Si, au contraire, les faits de jouissance dont se prévaut le défendeur ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile pour prescrire, alors même qu'ils auraient paru suffisants pour lui faire obtenir la maintenue possessoire, le juge du pétitoire peut tenir compte des indices de propriété puisés dans les circonstances de la cause, tels qu'anciens faits de jouissance, paiement des impôts, énonciations du cadastre, état des lieux, et balancer entre elles les présomptions respectivement invoquées par les parties, à l'effet d'accueillir ou de rejeter la demande suivant le résultat de cet examen comparatif [1].

380. — *Troisième système.* — Il n'admet point que le principe de l'action publicienne subsiste sous le Code civil, et il exige toujours du demandeur la preuve de sa propriété, c'est-à-dire en définitive, la preuve d'une usucapion accomplie par lui ou par ses auteurs [2].

« La plupart des auteurs français », dit Laurent, n° 156, « enseignent que la Publicienne existe encore dans le droit moderne. Cela est inadmissible. Il suffit de lire la définition de la Publicienne, que nous avons empruntée aux Institutes, pour se convaincre que cette action repose sur une fiction; on feint que la prescription est accomplie, bien qu'elle ne le soit pas. Or, appar-

suprême admet, par une jurisprudence constante, que les tribunaux peuvent tenir compte des présomptions de propriété.

On voit que l'arrêt du 10 janvier 1860 pèche à plusieurs points de vue et manque par conséquent d'autorité.

[1] Aubry et Rau, II, § 219, note 11. — Req. rej., 31 juillet 1832, S. 32. 1. 783; D. 1832. 1. 363. -- Req. rej., 20 nov. 1834, S. 35. 1. 70. Dall. Rép. v° *Preuve*, 27-2° et *Propriété*, 681. — Req. rej., 13 juin 1838, S. 38. 1. 886.—Civ. rej., 26 août 1839, S. 39. 1. 920. Dall. Rép. v° *Preuve*, 27-3°. — Req. rej., 29 janvier 1840, S. 40. 1. 957; Dall. Rép. v° *Propriété*, 675. Civ. rej., 16 avril 1860, S. 60. 1. 801; D. 60. 1. 251.—Req. rej., 11 nov. 1861, S. 62. 1. 41; D. 62. 1. 94. — Req. rej., 17 décembre 1866, S. 67. 1. 30. — Req. rej., 20 avril 1868, S. 68. 1. 269; D. 68. 1. 298. — Req. rej., 7 mars 1877, S. 1878. 1. 340; D. 1878. 1. 216. — Voy. aussi Civ. rej., 10 août 1880, S. 81. 1. 117; D. 80. 1. 369 et Req. rej., 29 janvier 1884, S. 84. 1. 152; D. 84. 1. 314.

[2] En ce sens Laurent, *Principes du droit civil*, t. VI, n° 156, 159 à 173. — G. Montagne, *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, thèse pour le Doctorat, Poitiers, 1879, n°s 347 à 362. — Note de M. Naquet citée plus haut, note 4.

Digitized by Google

tient-il à l'interprète de créer une propriété fictive et de la munir d'une action ? Non, certes. Cela décide la question. Rien de plus faible que les raisons que l'on invoque pour maintenir la Publicienne. Elle est conforme à l'équité, dit-on; soit, mais l'équité suffit-elle pour créer des fictions et des actions ?...

« ...Il faudrait donc prouver que les auteurs du Code ont voulu maintenir la Publicienne, et pour cela il faudrait un texte, puisqu'il s'agit d'une fiction, c'est-à-dire d'une exception. Le silence du Code Napoléon suffit pour décider la question.

« Il y a une opinion intermédiaire pour laquelle la jurisprudence se prononce, quoique avec hésitation : de là naît une grande incertitude. Aubry et Rau n'admettent pas la Publicienne telle qu'elle existait en droit romain, mais ils en maintiennent tous les effets qui sont compatibles avec les principes du droit moderne. L'intérêt pratique du débat se concentre sur une question : quelles sont les preuves que doit faire le demandeur en revendication ?... En principe, il nous paraît impossible de conserver les effets de la Publicienne, c'est-à-dire d'une action fictive, alors que l'on est obligé d'abandonner la fiction. »

Mais Laurent nous paraît confondre ici le *moyen* par lequel la procédure formulaire a obtenu le résultat où aboutit l'action Publicienne, avec le *résultat* lui-même, qui seul nous a été transmis.

Les fictions ont disparu avec les formules. Le but qu'il s'agissait d'obtenir par la Publicienne, c'était de dispenser le demandeur muni d'un titre qui, cent fois contre une, sera réellement propriétaire, de la preuve difficile de son droit ; ce but une fois atteint, ce résultat une fois entré dans la pratique, la fiction désormais inutile a disparu comme l'échafaudage après l'édifice construit. Il n'est plus question d'actions fictices sous Justinien, et les Institutes ne nous en parlent qu'à titre de renseignement historique.

Par conséquent, comme l'ont si bien dit MM. Aubry et Rau, la difficulté se résume en une question de preuve à faire dans l'action en revendication. C'est à ce point de vue que nous la traiterons désormais.

Laurent ajoute (n° 169) :

Digitized by Google

« Comment le demandeur établira-t-il son droit de propriété, s'il ne peut pas invoquer la prescription, ni en sa personne, ni dans la personne de son auteur?

« D'après la rigueur des principes, il faut décider qu'il doit succomber, par application de la règle élémentaire écrite dans l'article 1315, que le demandeur doit prouver le fondement de sa demande, d'où suit que s'il ne fait pas cette preuve, il perd sa cause.

« On convient que telle est la *pure théorie*. L'expression n'est pas exacte; il ne s'agit pas d'une pure théorie, mais d'un principe fondamental de droit, principe qui s'applique sans contestation aucune aux obligations, et qui doit aussi s'appliquer aux droits réels à moins qu'on ne trouve une dérogation dans la loi.

« Cette dérogation existe-t-elle? Le droit romain l'admettait sous le nom de Publicienne; l'ancien droit l'admettait également, mais le droit antérieur au Code est abrogé. C'est donc dans la Code qu'il faut chercher la dérogation à un principe que le Code formule. Mais on l'y chercherait vainement. La jurisprudence l'a consacrée, et Aubry et Rau ont essayé de la justifier.

« Nous croyons qu'ils n'ont prouvé qu'une chose, c'est qu'il y a lacune dans la loi. Quant aux principes mêmes sur lesquels repose la jurisprudence, cela nous paraît évident. « Une preuve aussi rigoureuse, dit-on, se concilierait difficilement avec les *exigences de la pratique*. » Depuis quand les exigences de la pratique ont-elles le pouvoir de déroger à des textes de loi ou, ce qui revient au même, de créer des principes exceptionnels, partant de faire la loi?

« On ajoute qu'il semble, au point de vue de l'équité, qu'on ne peut réclamer du revendiquant que la preuve d'un *droit meilleur* ou plus probable que celui du défendeur. Nous renvoyons l'*équité* avec les *exigences de la pratique* au législateur : lui seul peut l'écouter, l'interprète est enchaîné par les textes et par les principes qu'ils formulent. Voilà pourquoi nous récusons aussi l'autorité de Pothier en cette matière; c'est parce que la théorie de la *Publicienne*, ou d'un *droit meilleur* du revendiquant, n'a d'autre base que l'équité, que nous ne pouvons pas l'admettre. Pothier décide à chaque pas d'après l'équité; sous l'empire d'un Code cela n'est plus permis à l'interprète.

Digitized by Google

« On invoque encore la présomption de propriété attachée à la possession; nous avons d'avance rejeté cette prétendue présomption parce qu'il n'y a pas présomption sans texte [1].

« En désespoir de cause, on fait appel à l'esprit général de notre législation; nous répondrons que l'esprit de la loi peut bien nous aider à interpréter les textes, mais il n'a pas la puissance de créer des lois et des principes. En définitive, la doctrine d'un droit meilleur doit être rejetée par cela seul qu'elle n'est pas consacrée par le Code. »

Ce système de Laurent n'a pas trouvé beaucoup d'adhérents. Toutefois il a convaincu l'auteur de la remarquable thèse de Doctorat citée plus haut, M. Montagne, qui accuse les tribunaux d'usurper les attributs du législateur, de vouloir jouer le rôle du préteur romain, de sacrifier les principes à une équité souvent trompeuse et, suivant le mot pittoresque de d'Argentré, de se construire de belles consciences aux dépens de la loi : « *Sibi conscientias architectantur contra leges.* »

« La propriété » dit M. Montagne [2] « a reçu une organisation complète des mains du législateur, et, quelque imparfaite que nous puissions la trouver, nous devons nous en contenter, sans

[1] Au n° 160, Laurent expose que si le possesseur triomphe, lorsque le demandeur n'a point de titre, ce n'est pas parce que la possession crée à son profit une présomption de propriété, mais bien uniquement parce que le demandeur ne prouve pas le fondement de sa demande.

« Le code » dit-il, « ne parle des preuves qu'au titre des *Obligations;* mais les principes qu'il y consacre sont des règles générales, qui reçoivent leur application en matières de droits réels, aussi bien qu'en matière de contrats ». — (Remarquons en passant que c'est résoudre la question par la question, car il faudrait d'abord prouver que les règles des preuves que le Code pose en ce qui touche les obligations, sont des règles générales, applicables aussi à la preuve de la propriété); — « Eh bien, la loi ne connait que deux espèces de présomptions, celles qui sont abandonnées à l'appréciation du magistrat, et que pour cette raison on appelle vulgairement présomptions de l'homme et les présomptions légales. Les premières ne sont admises que lorsque l'objet du litige ne dépasse pas cent cinquante francs, ou lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol (art. 1353), c'est-à-dire qu'il est rare qu'elles puissent être invoquées dans un procès sur la propriété immobilière. Quant aux présomptions légales, elles n'existent qu'en vertu de la loi. »

[2] *Op. cit.*, p. 213.

Digitized by Google

permettre au magistrat d'en combler les lacunes. Après avoir sanctionné l'inviolabilité du droit de propriété, le législateur a pris des mesures pour le mettre à l'abri des entreprises et des usurpations qui pourraient être dirigées contre lui. Il a d'abord voulu protéger le droit complet, mais le droit certain, établi, démontré, indubitable, par l'action en revendication. Vous prétendez être propriétaire, dit-il au revendiquant : eh bien ! établissez votre droit et vous triompherez; je vous soumets à ce principe de droit commun : *Actori incumbit probatio.* Comme la preuve directe serait excessivement difficile, je rends votre tâche plus aisée par l'institution de l'usucapion, afin de vous protéger mieux encore, je vous autorise, si vous vous trouvez dans les conditions prévues, à intenter une action possessoire, pour rejeter sur votre adversaire le fardeau de la preuve. — Voilà ce que dit le législateur !

« La possession, dans notre droit, qu'elle soit ou non étayée de la bonne foi et d'un juste titre, ne devient un droit que lorsqu'elle a duré l'an et jour, jusque-là elle ne constitue qu'un fait dépourvu de tout effet juridique, au point de vue de l'action, hors le cas de violence.

« En vain le demandeur m'objecte son titre; je ne vois pas comment cela pourrait modifier ma situation. Quelle théorie singulière, en effet, que celle qui veut que le titre me soit opposable, comme si j'étais l'aliénateur, et qui m'impose la nécessité de le renverser à l'aide d'un autre titre ou de la prescription acquisitive ! Sans doute, le titre authentique, ou sous seing privé ayant date certaine, m'est opposable en ce sens qu'il fait foi à mon égard du fait juridique qui s'est accompli, et à ce point de vue il serait opposable au véritable propriétaire comme au possesseur. La loi elle-même nous en fournit la preuve, puisqu'elle permet au possesseur de bonne foi d'opposer son titre au propriétaire pour accomplir la prescription par dix ou vingt ans (art. 2265).

« Mais, ce qui serait le renversement de toutes les règles de bon sens et d'équité, ce serait d'admettre qu'il pût en rien me lier au point de vue des conventions qu'il renferme, et qui me sont parfaitement étrangères. C'est faire une confusion entre l'acte qui prouve la convention et la convention elle-même qui en est

Digitized by Google

absolument indépendante [1]. En réalité, le titre a exactement la même valeur probante vis-à-vis des tiers que vis-à-vis des parties; il prouve à l'égard de tous l'existence du fait juridique, mais il n'établit rien de plus à l'encontre des tiers.

[1] Les motifs de quelques arrêts prétent en effet à cette critique. Voyez notamment Cass. 22 juin 1864, D. 1864, I, 412; S. 1864, I, 349, et, sur renvoi : Rouen 1er février 1865, D. 1866, 2, 171; S. 1866, II, 180; Cass. 27 décembre 1865, D. 1866, I, 5; S. 1866, I, 205. — « Attendu, » dit le premier arrêt, « que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de *valeur* qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers. »

« Considérant », dit l'arrêt de Rouen, « que ces actes » (un partage et une adjudication) « peuvent être opposés efficacement au défendeur; qu'en matière de contestation sur la propriété des biens, la qualité de tiers dans les titres sur lesquels reposent les droits de l'une des parties ne soustrait pas la partie adverse aux conséquences de ces titres;... que, s'il était autrement, l'impossibilité de faire concourir aux actes acquisitifs ou translatifs de propriété toutes les personnes pouvant être ultérieurement intéressées à repousser leur application, rendrait à tout jamais le droit du propriétaire incertain ou précaire; que, pour détruire l'effet des titres produits, il faudrait au défendeur la preuve d'une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de maître, qui eût duré les trente années voulues par la loi, ou qui du moins eût commencé antérieurement à la date du plus ancien des titres, etc. »

« Attendu en droit, dit l'arrêt de Cass. du 27 décembre 1865, que la propriété étant un droit réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire équivaut à un titre, susceptible, *comme tout autre titre*, d'être opposé à tous par celui qui l'a obtenu; que, sans doute, l'autorité de la chose jugée étant limitée par l'art. 1351 aux seules parties en cause, un tel arrêt ne saurait être opposé aux tiers avec l'autorité de la chose jugée, mais qu'il n'en est pas moins un titre, et que les tiers contre lesquels il est invoqué, s'ils peuvent l'attaquer au moyen de la tierce opposition ou même directement, ne peuvent du moins détruire la preuve qui en résulte qu'à la charge de faire la preuve contraire et d'établir à leur profit, soit un droit de propriété préférable, soit une possession antérieure légalement acquisitive. » — Voy. encore Nancy 20 juin 1867, D. 1868, II, 166. — Cass. 13 juillet 1870, D. 1870, I, 343. — S. 70, I, 397.

Mais, si l'on peut critiquer quelques expressions, on voit qu'au fond, les arrêts veulent seulement dire que celui qui a un titre prouve suffisamment sa propriété par ce titre, vis-à-vis d'un défendeur qui n'en a pas. Ce titre est opposable au défendeur, comme preuve de la propriété du demandeur.

Digitized by Google

« Par conséquent, lorsque vous venez me dire que vous êtes muni d'un acte constatant que telle personne a consenti une aliénation à votre profit, je me garde bien de nier l'existence de ce fait, mais je réponds que la convention intervenue m'est absolument indifférente, et que j'exige de vous la preuve de votre droit, exactement comme je l'exigerais de votre auteur. Il est évident que si celui-ci s'avisait de revendiquer, il ne pourrait point triompher en se basant sur ce motif unique qu'il a possédé avant moi, à moins que sa possession n'eût été suffisante pour le conduire à l'usucapion. Chose bizarre, la jurisprudence, qui n'admettrait point un pareil raisonnement dans la bouche du vendeur, l'accueille sans hésiter lorsqu'il est tenu par l'acquéreur. Les prétentions de ce dernier ont cependant un fondement identique à celles du vendeur, car la vente n'a modifié en rien la situation préexistante, puisque, je le répète, il serait absurde de vouloir me lier par une convention qui m'est étrangère. En réalité donc, le demandeur triomphe sans faire aucune preuve, pas même celle d'une possession antérieure à la mienne, et, chose plus extraordinaire, il gagne son procès en s'appuyant sur un titre que le premier venu pouvait lui procurer aussi aisément que le véritable propriétaire.

« Mais il y a plus encore : je perds mon procès même en offrant de faire la preuve que l'aliénateur n'était pas propriétaire. Vous m'objectez que je n'ai pas ce droit; et pourquoi? Serait-ce parce que vous prétendriez que la nullité ne peut être opposée que par celui en faveur de qui elle existe? Ce raisonnement reposerait sur une confusion. Il est bien sûr que je n'aurais pas le droit de vous opposer l'une de ces nullités de forme attachées à l'inobservation des formalités spécialement prescrites par l'intérêt de certaines personnes, comme si, par exemple, l'acte vous avait été consenti par un mineur, ou s'il s'agissait de l'aliénation d'un immeuble dotal. Seule, la personne intéressée pourrait écarter votre action pétitoire en se prévalant du défaut de validité. L'hypothèse actuelle est entièrement différente; je n'ai à me préoccuper ni de la validité ni de la nullité de l'acte, ma situation est purement passive; je me contente de vous dire que vous n'établissez pas le droit dont vous vous prévalez, et que, par

Digitized by Google

suite, vos affirmations se réduisent à de simples allégations sans valeur. Vous voulez que je prouve que j'ai plus de droits que vous à la propriété : où donc est le texte qui m'oblige à rompre le silence avant que votre preuve soit complète? Je suis en possession, cela suffit pour me dispenser provisoirement de toute démonstration.

« En réalité, la Publicienne, ou plutôt l'action qui en est le travestissement, ne peut pas prendre place dans l'édifice de nos lois actuelles; le silence du législateur à son égard suffirait pour la proscrire; mais il y a plus, elle me semble incompatible avec l'ensemble de notre organisation de la propriété.

« Si celui qui possède actuellement, dit M. Zachariæ (*Cours de droit civil français*, trad. Aubry et Rau; I, p. 470, 471), est en possession depuis au delà d'une année, il a, d'une part, interrompu l'usucapion de l'adversaire et réduit à néant tous les effets juridiques de la possession antérieure de ce dernier; d'autre part, il a acquis la saisine possessoire, qui ne peut lui être enlevée que par la preuve d'un droit de propriété. — Si, au contraire, le possesseur actuel ne possède pas depuis un an, et que son adversaire puisse se prévaloir d'une possession antérieure qui ait duré au delà d'une année, ce dernier arrivera, par le moyen de l'action possessoire, aux mêmes fins que par l'action Publicienne. Cette action est donc non recevable dans la première hypothèse et inutile dans la seconde. Ce ne serait tout au plus que dans le cas où aucune des parties n'aurait la possession annale que l'on pourrait invoquer des considérations d'équité pour faire admettre l'action publicienne; encore dans ce cas même, la possession devrait l'emporter jusqu'à la preuve du droit de propriété : la possession, quelque courte qu'elle soit, entraîne présomption de propriété et porte en elle le germe de l'usucapion. »

381. — Il faut l'avouer, ces raisons sont fortes; à première vue, elles sembleraient devoir faire rejeter le système de la jurisprudence, d'autant plus que les arrêts n'ont pas pris soin, il faut le reconnaître aussi, de motiver fermement leurs solutions.

Suffit-il de montrer qu'en imposant au demandeur la preuve complète de son droit, on s'exposerait à dépouiller un grand nombre de propriétaires légitimes? Laurent et ses partisans ne

Digitized by Google

contestent point les inconvénients de leur système; ils conviennent que les actions possessoires, perdues au bout d'un an, ne suffisent point pour assurer la sécurité du possesseur; ils reconnaissent parfaitement l'équité et l'utilité pratique de la Publicienne; ils avouent qu'il y a là une lacune fâcheuse dans nos lois, mais ils dénient à la jurisprudence le droit de combler cette lacune; c'est, disent-ils, faire la loi, ce n'est plus seulement l'interpréter.

Les arrêts sont donc faiblement motivés.

Mais il ne faut pas aller chercher des leçons de droit dans les considérants des arrêts, car ces motifs sont souvent et nécessairement une œuvre hâtive : la mission du juge consiste uniquement à trancher le différend qui lui est soumis; par conséquent c'est la solution donnée qu'il faut envisager avant tout, et l'insuffisance des motifs ne doit pas la faire rejeter, s'il est possible de l'appuyer sur des raisons solides, quoique différentes de celles que l'on lit dans les considérants.

La jurisprudence se serait, à notre gré, placée sur un terrain plus solide, en s'attachant davantage à la tradition historique. Nul ne conteste qu'elle ne puisse être invoquée, tout au moins pour interpréter les intentions des rédacteurs de nos Codes, et pour dégager l'esprit de la loi.

C'est à ce point de vue que nous allons nous placer en premier lieu.

Et tout d'abord, Laurent et ses partisans ne font-ils pas un peu parler le législateur à leur gré, et ne commencent-ils pas par mettre dans sa bouche la formule de leurs opinions personnelles, lorsqu'ils déclarent que le Code civil a posé d'une manière générale la règle : *Actori incumbit onus probandi*, le demandeur doit prouver le fondement de son droit, sous peine de perdre son procès, et lorsqu'ils ajoutent que ce principe élémentaire est proclamé par l'art. 1315?

L'art. 1315 ne se sert pas d'une expression aussi générale; il ne dispose qu'en matière d'obligations :

« *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*

« *Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* »

Digitized by Google

Le code décide donc seulement que le créancier doit prouver complètement sa créance, et réglemente dans les articles suivants les moyens de faire cette preuve; mais il n'est question, dans cette partie de la loi, que des obligations.

C'est résoudre la question par la question que d'étendre ces dispositions à la preuve de la propriété; il faudrait d'abord démontrer qu'il y a une analogie absolue entre les deux cas; cette démonstration, on ne l'essaie même point, on ne réussirait pas à la faire, car en vérité l'analogie n'existe point.

La nature même des choses veut, en effet, qu'on se montre plus difficile pour la preuve d'un droit de créance que pour celle de la propriété. En règle, toutes choses appartiennent à quelqu'un : au contraire, être créancier d'une personne déterminée, constitue une dérogation au droit commun. L'existence matérielle d'une chose implique presque forcément un droit de propriété au profit de quelqu'un; au contraire nous pouvons mettre en présence un nombre illimité de personnes, il n'en résultera pas, avec la même nécessité, l'existence entre elles de rapports d'obligation.

Les créances sont des droits destinés à s'éteindre par le paiement, et dans un délai généralement assez bref; par conséquent elles ne remontent habituellement qu'à un passé assez proche, les preuves de l'établissement du droit n'ont pas eu le temps de dépérir : on exigera donc que le créancier les produise, et l'on se montrera, avec raison, très rigoureux à cet égard.

Au contraire, l'acquisition originaire de la propriété se perd presque toujours dans la nuit des temps, si bien que dans la presque totalité des cas il faut se réfugier sous l'égide tutélaire de la prescription, ce qui mène à l'établissement de faits de possession, à des enquêtes, contre-enquêtes, expertises, etc.

Généralement la preuve d'un droit de créance se fait très simplement : on montre, par la production d'un écrit, que tel jour telle obligation a été contractée; à l'adversaire de prouver alors qu'elle s'est éteinte depuis; ici rien de vague, rien de compliqué.

Rien de plus complexe, au contraire, rien de moins net, de plus difficile en général, que la preuve de la propriété.

On étend donc, sans qu'il y ait analogie suffisante, allons plus

Digitized by Google

loin, sans qu'il y ait au fond aucune similitude, la disposition de l'art. 1315 à des matières pour lesquelles elle n'a pas été faite. On voit que ceux-là même qui, comme Laurent, refusent d'admettre la Publicienne, parce que le Code n'en parle pas, prennent avec ce Code d'assez grandes libertés [1].

Sans doute on dira que la règle de l'art. 1315 n'est que l'application du principe général : *actori incumbit onus probandi* [2].

Nous sommes loin de le contester; mais, ce principe, nous l'empruntons en définitive au droit romain, et nous l'appliquons, bien qu'il ne soit pas écrit dans notre Code. Et si nous l'empruntons à la législation romaine, il ne faut pas le défigurer en lui donnant une portée et une étendue qu'il n'avait plus depuis des siècles, à l'époque de Justinien, et qu'il n'a pas reprises depuis!

Sous prétexte de rejeter le droit romain, il ne faut pas nous ramener à la loi des XII Tables; c'est pourtant à ce résultat qu'on arrive.

En effet, on applique le principe que le demandeur en revendication doit prouver sa propriété, comme on l'entendait du temps des décemvirs!

N'est-il pas plus naturel de l'entendre dans le sens et dans la mesure où on le comprenait en 1804?

Depuis Justinien jusqu'au Code civil, l'on a admis que le demandeur en revendication prouvait suffisamment le fondement de sa demande en justifiant d'un titre, lorsque le défendeur n'en avait point; telle était en cette matière la portée de la règle : « *Actori incumbit onus probandi* »; pourquoi vouloir la modifier, alors qu'aucun article du Code ne nous révèle cette intention chez le législateur?

Ce serait faire un raisonnement absurde que de dire par exemple :

« Le principe : *actori incumbit onus probandi* est un principe

[1] Rien de plus fréquent que cette contradiction. Il existe une masse énorme de maximes et de règles non écrites dans le Code et qu'il est impossible de rattacher sérieusement à aucun article du Code, maximes que nos auteurs suivent pourtant unanimement, et qui sont tout simplement des principes romains formant la substance même du droit, le *substratum* de nos idées juridiques, comme de celles des rédacteurs de nos lois.

[2] L. 2, D. *De Prob.*, 22, 3. — L. 23, C. *De Prob.*, 4, 19.

Digitized by Google

romain non reproduit, et par conséquent abrogé par le Code civil. La loi n'en a maintenu qu'une seule application, celle que l'art. 1315 édicte en matière d'obligations. Partout ailleurs, le juge est libre d'imposer ce fardeau de la preuve au demandeur ou au défendeur selon les circonstances. »

Argumentation forcée, nous le reconnaissons!

Mais il nous semble, au fond, presque aussi déraisonnable de dire :

« En reproduisant le principe en question au titre des obligations, avec la rigueur que ce principe comporte en effet lorsque le demandeur se prétend créancier, le Code a entendu étendre cette même rigueur à toutes les autres actions, même la revendication, dans laquelle le principe *actori incumbit probatio* était autrefois interprété d'une manière bien moins rigoureuse! »

Ce serait là donner à l'art. 1315 une interprétation par trop extensive, et vraisemblablement peu conforme aux intentions du législateur; la manière dont il s'est exprimé ne permet pas de penser qu'il ait entendu poser ici une règle générale et absolue.

D'ailleurs on ne doit pas aisément supposer que le législateur ait méconnu les nécessités pratiques. Sans doute, quand la loi est claire, on doit l'observer, quelque gênante qu'elle puisse paraître, mais, quand elle se tait sur la question, et qu'il s'agit de savoir si l'on doit raisonner par analogie, s'il faut appliquer à la revendication des règles expressément faites pour les obligations, alors il est permis d'invoquer les nécessités pratiques, non pour corriger la loi, mais pour montrer qu'elle n'a vraisemblablement pas voulu exiger du revendiquant une preuve qu'en pratique il lui serait souvent bien difficile de fournir.

De tout cela résulte que les arrêts, en n'exigeant pas du revendiquant la preuve absolue, et pour ainsi dire mathématique, de son droit de propriété, ne violent ni le texte, ni l'esprit de l'art. 1315 du Code civil.

382. — Donc, la loi écrite ne tranche ni explicitement ni implicitement la question de savoir si le demandeur en revendication est toujours tenu de prouver catégoriquement que la propriété lui appartient, en d'autres termes qu'il a prescrit, lui ou

Digitized by Google

ses auteurs; car, en dehors de certains cas très rares [1], il n'y a pas d'autre moyen de prouver la propriété.

Il faut pourtant que le juge statue, la loi lui en fait un devoir, sous peine de commettre un déni de justice (art. 4).

A quelle source puisera-t-il des éléments de décision ?

En tout ce qui touche la propriété, c'est à des sources exclusivement romaines que le législateur de 1804 a puisé ; par conséquent il est naturel d'admettre qu'il a entendu se contenter, pour la revendication, des preuves qui suffisaient pour faire triompher le demandeur en droit romain et sous notre ancienne jurisprudence [2]. Les rédacteurs du Code civil eux-mêmes nous invitent à chercher dans la législation romaine l'interprétation du Code [3].

Ce n'est donc pas seulement au point de vue d'une culture supérieure de l'esprit, d'un aiguisement du sens juridique, que le droit romain, tel que l'a connu et pratiqué l'ancienne France tout entière, peut nous être utile ici. Il doit suppléer au silence de la loi, d'autant plus que sa solution en cette matière constitue en définitive l'expression la plus exacte de l'équité et des nécessités pratiques. Comme autrefois dans les pays de coutumes, il nous impose le principe de la Publicienne, non pas *ratione imperii*, mais *imperio rationis*.

[1] Par exemple celui où l'on a acquis de l'État des immeubles expropriés pour cause d'utilité publique, et qui n'ont pas été utilisés pour les travaux projetés.

[2] N'oublions pas qu'il n'y a plus en pratique de distinction entre la Publicienne et la revendication sous Justinien. Voyez Chapitre XVIII et n° 372.

[3] « Qu'il me soit permis », disait Gary au Corps législatif, « de signaler ici une erreur répandue par l'ignorance, et que la paresse pourrait peut-être accréditer : c'est qu'il suffira désormais à ceux qui se destinent à l'étude des lois de connaître le Code civil. Nous ne pouvons assez leur répéter qu'à l'exemple de nos plus grands magistrats et de nos plus célèbres jurisconsultes, ils doivent étudier le droit dans sa source la plus pure, dans les lois romaines. » Portalis, dans un discours à l'Académie de législation (*Moniteur* de 1803, p. 255), disait aussi : « Jamais vous ne saurez le nouveau code si vous n'étudiez que ce code. Les philosophes et les jurisconsultes de Rome sont encore les instituteurs du genre humain. C'est en partie avec les riches matériaux qu'ils nous ont transmis que nous avons élevé l'édifice de notre législation nationale. »

Digitized by Google

La loi est muette, nous espérons l'avoir montré : d'ailleurs Laurent lui-même et ses partisans avouent qu'elle présente ici une lacune.

Nul ne conteste que devant son silence le juge ne puisse et ne doive avoir recours à l'équité. Cela a été expressément reconnu dans les travaux préparatoires [1]. Notamment, dans le discours préliminaire, les rédacteurs du Code disaient : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives. »

Or, il n'y a point d'usage aussi ancien, aussi invétéré, aussi général, aussi bien caractérisé, ni mieux justifié, que celui dont nous parlons ici. En maintenant tout simplement les solutions romaines, dont personne ne conteste la valeur pratique, équitable et rationnelle, on avait l'avantage de s'attacher à des règles précises, l'on évitait l'incertitude et l'incohérence, compagnes habituelles des solutions de pure équité.

382 *bis.* — La loi romaine règle avec une justice incontestable les deux premières hypothèses : celle où le demandeur seul produit un titre, et celle où les deux parties en invoquent.

Dans le premier cas elle donne la préférence à l'acquéreur muni d'un titre. C'est aussi la solution de la jurisprudence moderne.

On objectera pourtant qu'aujourd'hui il ne suffit pas d'avoir

[1] Voyez Fenet, t. VI, p. 21, 22, 23, 76, 77, 86, 93, 106, 107, 108, 150, 166, 188, 268, 269, 359 et s. Ce qu'il y a de plus intéressant à consulter, ce sont les discours des tribuns qui firent repousser une première fois le projet, notamment par le motif que l'art. 6 (aujourd'hui l'art. 4) qui autorise implicitement le juge à statuer selon l'équité, était une disposition *funeste, abusive,* QUI FAIT FRÉMIR LES CITOYENS (Fenet, t. VI, p. 150, 151, 152.)

L'exagération même de ces critiques montre la portée considérable de l'article critiqué, l'étendue des pouvoirs qu'il attribue au juge en cas de silence du législateur. Il fallait que ces pouvoirs fussent grands en effet, pour faire *frémir* les membres du Tribunat qui voulaient que le juge ne pût combler les lacunes de la loi ! — Les auteurs dont nous combattons l'opinion ne font en somme que reproduire les idées de ces tribuns sur le rôle des tribunaux. Mais précisément ces idées ont été condamnées, puisque l'art. 4 du Code civil a été adopté malgré les critiques dont il avait été l'objet.

Digitized by Google

un titre, il faut encore qu'à la date de ce titre l'adversaire n'eût pas la possession de la chose litigieuse [1].

Mais si l'on y réfléchit un instant, on reconnaît aisément que cette condition était aussi exigée en droit romain.

N'oublions pas, en effet, qu'avec beaucoup de raison la loi romaine ne se contente pas de l'existence d'un juste titre; elle exige en outre que l'on ait reçu tradition en vertu de ce juste titre. De là résulte nécessairement qu'au moment où le demandeur a acquis, le défendeur ne possédait pas, puisque l'auteur du demandeur a pu transmettre à cet instant la possession à ce demandeur. C'est donc que cet auteur possédait et que le défendeur ne possédait pas encore.

Dans le second cas, celui où les deux plaideurs produisent des titres, la majorité des auteurs distingue, comme Julien et Ulpien (L. 9, § 4, D. *h. t.*), selon que les parties tiennent ou non la chose du même aliénateur. D'autres, avec Nératius, donnent dans tous les cas l'avantage au titre le plus ancien.

Ici encore le droit actuel ne s'écarte point des traditions romaines.

Reste la troisième hypothèse, celle où ni l'une ni l'autre des deux parties ne produit de titre.

La jurisprudence, on l'a vu, fait une distinction :

Si le défendeur a une possession utile pour prescrire, il doit l'emporter, quelque graves que puissent être les présomptions de fait militant en faveur du demandeur.

En cela les arrêts ne s'écartent aucunement de la tradition historique : les deux parties n'ont point de titre, elles n'invoquent toutes les deux que des faits de possession, elles ne peuvent prouver d'ailleurs que cette possession ait duré trente ans; à tous les points de vue donc leur situation est égale, et par conséquent le défendeur doit l'emporter en vertu de l'adage *in pari causa melior est caua possidentis quam petentis.*

Mais si le défendeur n'a pas une possession utile pour prescrire, la jurisprudence donne gain de cause au demandeur qui

[1] « Je ne puis », disait Pothier, *Propriété*, n° 324, « me faire un titre en me faisant passer une vente ou une donation d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne le possède pas ». Voyez *supra*, n° 373.

Digitized by Google

établit en sa faveur des indices, des présomptions de propriété dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des juges du fait.

En cela la pratique actuelle semble différer du droit romain, car sous la législation romaine le demandeur qui ne prouve pas avoir prescrit, et qui n'invoque pas de juste titre, n'a d'autre ressource que celle des actions possessoires.

La Publicienne ne saurait, en droit romain, appartenir à celui qui n'a pas de titre, parce qu'elle ne doit compéter qu'à ceux qui auraient pu usucaper : or, le droit romain ne connaît pas d'usucapion sans juste titre [1].

[1] Suivant M. Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 200, que nous avons suivi à tort sur ce point (*Résumé du cours de droit romain, etc.* t. I, p. 104), il y aurait eu sous Justinien une usucapion n'exigeant pas de juste titre et s'accomplissant par trente ans, à la seule condition que le possesseur fût de bonne foi. M. Maynz l'appelle : la *prescription acquisitive extraordinaire*, et la distingue de la prescription *extinctive* de trente ans, qui opère même au profit d'un possesseur de mauvaise foi, mais ne lui assure qu'une exception contre la revendication du propriétaire. La prescription acquisitive extraordinaire, au contraire, assurerait la revendication au possesseur de bonne foi, même en l'absence de juste titre.

Aujourd'hui cette opinion nous paraît erronée.

En effet, remarquons tout d'abord qu'il est à peu près impossible d'être de bonne foi sans croire à l'existence d'un juste titre déterminé. Par conséquent, en pratique, le système de M. Maynz se réduirait, si nous le comprenons bien, à admettre le titre putatif, en allongeant seulement dans ce cas le délai de l'usucapion.

Autrement, si l'on dit que tout possesseur dont la mauvaise foi n'est pas démontrée acquiert la propriété par trente ans, même s'il n'a aucun titre à invoquer, cela reviendra pratiquement à admettre l'usucapion au profit du possesseur même de mauvaise foi. On ne démontre presque jamais la mauvaise foi directement; habituellement c'est en s'appuyant sur l'absence de juste titre qu'on parvient à faire cette preuve.

Quoi qu'il en soit, une étude attentive de la L. 8, § 1, C. *De præscriptione triginta vel quadraginta annorum*, 7, 39, nous a convaincus que ce texte n'a pas le sens que nous lui avions attribué sur l'autorité de M. Maynz.

Il se place dans l'hypothèse où l'action en revendication du propriétaire, ou l'action hypothécaire du créancier, ont été prescrites parce qu'un tiers a possédé la chose pendant trente ans (sans pourtant l'usucaper, faute de bonne foi ou de juste titre). Dans ces conditions si le propriétaire ou le créancier intentaient leur action réelle, ils seraient repoussés par l'exception tirée de la prescription de trente ans. Mais voilà que le possesseur de mauvaise foi aliène : *si c'est au profit d'un acquéreur de bonne foi*, celui-

Digitized by Google

Il est vrai !

Mais, précisément parce que chez nous on peut prescrire sans juste titre, il faut décider que, dans le droit moderne, la Publicienne appartient même au possesseur sans titre qui vient à perdre la possession, si cette possession présentait les caractères requis pour prescrire !

En étendant la Publicienne à cette hypothèse, on ne s'écarte nullement du droit romain et de la tradition historique ; bien au contraire, on leur reste fidèle, car, en matière juridique, la fidélité consiste, non pas à obéir servilement à la lettre, mais à s'attacher fermement à l'esprit d'une institution.

Or, tout le monde reconnaît que l'idée fondamentale de la Publicienne est de protéger comme propriétaire celui qui était *in via usucapiendi*, et qui perd la possession :

Donc, la Publicienne doit être accordée de nos jours même à celui qui ne produit pas de titre, à la seule condition qu'il ait eu une possession utile pour prescrire !

Cela posé, il est aisé de justifier la solution jurisprudentielle que nous avons signalée en dernier lieu, et qui donne l'avantage au demandeur en faveur duquel militent des indices suffisants de propriété, lorsque la possession du défendeur n'était pas une possession utile pour prescrire.

En effet, il faut remarquer tout d'abord que le défendeur n'a pas droit à la Publicienne, puisque sa possession ne présente pas les caractères voulus pour la prescription, et qu'ainsi il ne s'est jamais trouvé *in via usucapiendi.*

Si donc nous pouvons faire voir que le demandeur, au contraire, a droit à la Publicienne, nous aurons montré par là même que la jurisprudence, en lui donnant gain de cause, ne s'est

ci pourra opposer la même exception que son auteur. Voilà l'hypothèse où M. Maynz a cru voir une usucapion de trente ans sans juste titre. Mais il est clair que Justinien suppose que le nouveau possesseur a un juste titre, sans quoi il n'aurait pu acquérir de bonne foi la possession : « *si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit* ». — Si au contraire l'acquéreur est de mauvaise foi, il ne pourra opposer l'exception tirée de la prescription de trente ans accomplie par son auteur ; il lui faudra posséder lui-même pendant trente autres années, pour se trouver à l'abri de la revendication ou de l'action hypothécaire.

Digitized by Google

nullement écartée de la tradition historique. Les arrêts auraient pu fort bien appuyer leurs décisions sur les principes traditionnels de la Publicienne et sur les règles de l'application par analogie; nous ne croyons pas qu'ils eussent été pour cela moins fortement ni moins exactement motivés, bien au contraire!

Quels sont en effet *ces indices, ces présomptions* de propriété, sur lesquels les arrêts s'appuient pour donner gain de cause au demandeur dans le cas où le défendeur n'a pas une possession utile pour prescrire?

Si on les examine de près, on reconnaît aisément que les faits énumérés par les arrêts, tels que *les déclarations des témoins, les énonciations du cadastre, la topographie des lieux, le paiement des impôts* etc., sont, non pas précisément et directement des indices de *propriété*, mais des indices de *possession*. Ils ne deviennent en général des indices de propriété que parce que la possession qu'ils révèlent ou rendent très probable chez le demandeur, est en soi un indice très sérieux et très sûr de *propriété!*

S'ils constituent des indices de propriété, c'est *médiament, indirectement*, et *seulement* parce qu'ils forment des présomptions de possession!

Reprenons en effet les divers éléments relevés par les arrêts.

1° Et d'abord, les *déclarations des témoins;*

Les témoins!

Qu'ont-ils vu, si ce n'est des faits de possession? Que prouve leur témoignage, si ce n'est la possession et ses caractères?

2° Les *énonciations du cadastre;*

Les hommes de l'art qui ont dressé le plan parcellaire, n'étaient pas sans doute des juges chargés de statuer sur l'étendue des droits des propriétaires; les matrices cadastrales reproduisent seulement l'*état visible* de la propriété, son étendue et ses limites apparentes; le propriétaire qu'elles indiquent, c'est le propriétaire de fait, en un mot le possesseur.

3° La *topographie des lieux;*

Par exemple, si l'accès du terrain litigieux est facile pour l'un des voisins, très malaisé au contraire pour l'autre, les arrêts voient dans ce fait un indice de propriété en faveur du premier.

Mais pourquoi?

Digitized by Google

Évidemment parce qu'il est bien plus vraisemblable que ce terrain a été possédé par le premier que par le second, par celui qui n'avait qu'un pas à faire, que par celui pour lequel l'abord était bien plus malaisé. Encore un indice de possession !

4° Le *paiement des impôts;*

Mais à qui l'État s'adresse-t-il pour le recouvrement de la contribution foncière, sinon au propriétaire apparent? Quant au fait d'avoir payé l'impôt foncier sans réclamation, il ne prouve certes pas que l'on soit propriétaire, mais seulement qu'on se considère comme tel : en d'autres termes, il caractérise nettement l'*animus domini* du possesseur !

Que l'on lise attentivement, comme nous l'avons fait, tous les arrêts cités plus haut, note 13, on verra que, sans en excepter un seul, ils rentrent dans cet ordre d'idée; les faits sur lesquels ils se basent pour donner gain de cause au demandeur ne sont des indices de propriété, que parce qu'ils créent des présomptions de possession [1] !

[1] D'ailleurs la possession peut être prouvée par de simples présomptions de l'homme, puisqu'elle peut l'être par la preuve testimoniale, art. 1353. Voyez le numéro suivant; en outre, la preuve de la possession peut résulter des titres et actes : Civ. rej., 26 août 1839, S. 39. 1. 920; Dall. *Rép.* v° *Preuve*, 27-3°.

Voici les considérants de quelques-uns des arrêts auxquels nous faisons allusion et qui ont été cités plus haut note 13.

« Attendu », dit un arrêt de Montpellier du 5 février 1866 (sous Req. rej., 20 avril 1868, S. 68. 1. 269; D. 68. 1. 298) « que les documents du cadastre ne constituent pas, il est vrai, des titres de propriété, mais qu'ils peuvent être consultés pour constater l'état des lieux *et la possession* au moment des opérations cadastrales. »

« Attendu que le cadastre, en attribuant les terrains en litige à la section de Via, n'a pas établi un état de fait nouveau, et n'a fait que maintenir un état de fait préexistant, d'où il suit que la section de Via *possède* les terrains en litige et en paie les impositions depuis un temps immémorial.

Cic. rej. 16 avril, 1860 (S. 60. 1. 801; D. 60. 1. 251).

« Altendu que l'arrêt attaqué constate en fait que l'appelant et les intimés ne présentaient aucun titre à l'appui de leurs prétentions respectives, et que la possession *invoquée* (*a*) de part et d'autre était insuffisante pour établir la prescription; que celle de l'appelant particulièrement (*le défendeur*) était incertaine, équivoque et clandestine, que dans cette position, la Cour impériale de Nîmes a dû nécessairement rechercher dans les faits et circonstances du procès des indices de propriété et des éléments de décision qu'il lui était impossible de rencontrer ailleurs; qu'en se fondant par suite

Digitized by Google

Dès lors les arrêts se justifient parfaitement au point de vue du principe de la Publicienne.

Puisqu'il est établi par l'effet de ces indices, que le demandeur a eu, relativement à l'immeuble litigieux, une possession utile pour prescrire, sans qu'il soit prouvé d'ailleurs que cette possession ait duré le temps requis pour l'acquisition de la propriété,

pour reconnaître le droit des époux Gaston sur une possession mieux caractérisée que celle de Brun, sur les énonciations du cadastre, le paiement de l'impôt, la déclaration des témoins, la topographie des lieux et le plan de l'expert, cette Cour n'a fait qu'apprécier les présomptions abandonnées par le législateur aux lumières et à la prudence des magistrats, et n'a violé aucune loi.

(*a*) Remarquez ce mot *invoquée*, c'est-à-dire la possession qu'ils pouvaient alléguer, dont ils pouvaient faire preuve.

Poitiers 21 juin 1833 (le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté, Req. rej., 20 nov. 1834, S. 351. 70).

« Considérant que si les enquête et contre-enquête ne justifient pas une possession trentenaire continue, non interrompue du morceau de terrain dont s'agit en faveur de l'une ou de l'autre des parties, il résulte du constat des lieux fait par le juge commissaire : 1° que le morceau de terrain en litige touche des deux parts à la maison et à la terrasse du sieur Michaud, des deux parts à la rivière et à la rue, et que les bâtiments et propriétés du sieur Laroche sont situés au côté opposé de la rue ; (*remarquons en passant que cette circonstance est un indice de possession bien plus que de propriété, ainsi que nous l'avons déjà dit au texte : il en résulte en effet qu'il était bien plus facile à l'un des plaideurs qu'à l'autre d'exercer des actes de possession sur le terrain litigieux; il est donc naturel de supposer que c'est plutôt lui qui l'a, en effet, possédé*).

« 2° Que le petit mur construit en 1829, dont la démolition est demandée, et qui est destiné à retenir les terres et sables.... occupant la presque totalité dudit terrain, a été édifié sur d'anciens fondements qui paraissent avoir été faits au temps des fondations de la terrasse de Michaud et qui sont dans le même alignement.

« 3° Que sur le terrain en litige il existe un évier appartenant au sieur Michaud, qui vide ses eaux dans le trou dudit terrain; que s'il résulte des enquêtes que l'évier actuel est de construction assez récente, il en résulte aussi qu'il a été édifié à la place d'un évier moins élevé, et qui y existait anciennement.

« 4° Que dans le trou dudit terrain, il a été établi un pilier ou arc-boutant très large dans ses fondations, pour soutenir la maison du sieur Michaud. — Considérant qu'il résulte des débats du procès que les toitures de la partie des bâtiments du sieur Michaud qui touchent au terrain litigieux ont leur égoût sur ledit terrain. »

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

nous avons donc affaire à un demandeur qui remplit les conditions de la Publicienne, puisqu'il a été *in via usucapiendi*.

D'un autre côté le défendeur, lui, ne justifie pas, par hypothèse, d'une possession utile pour prescrire; il ne saurait donc opposer à son adversaire l'exception d'une Publicienne égale; par conséquent le demandeur doit l'emporter.

D'où il résulte qu'en donnant cette solution, notre jurisprudence a fait du droit romain....., peut-être il est vrai comme certain personnage faisait de la prose. Qu'importe après tout? L'essentiel n'est-il pas que la solution pratique soit bonne? Celle-ci nous paraît excellente.

Elle n'aurait à coup sûr rien perdu de ses qualités, et peut-être

(Remarquons-le encore : ce sont là des indices montrant que l'une des parties a eu anciennement la possession du terrain litigieux, puisqu'elle y a fait des actes de maître. —Même observation pour le considérant suivant) :

« Considérant que ces faits ne sont pas indicatifs seulement de la servitude, qu'ils sont probatifs de propriété en faveur du sieur Michaud, à défaut de titres et autres preuves contraires; surtout dans l'espèce où ni l'une ni l'autre des parties ne peut invoquer la possession annale, etc. »

La longueur de l'arrêt de Paris, du 4 mars 1865 (le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Req. rej. 17 déc. 1866, S. 67. 1. 30), nous empêche de le reproduire ici, mais les faits relevés par le tribunal de première instance comme des preuves de propriété sont si bien des indices de possession, que la Cour, en adoptant les motifs des premiers juges, a pu ajouter :

« Et considérant qu'il est établi par les documents de la cause et les enquêtes que l'intimé est, depuis plus de trente ans, en possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire d'une bande de terrain, etc. »

Voici dans le même ordre d'idées, quelques considérants d'un arrêt du 15 mars 1860 (sous Req. rej. 11 nov. 1861, S. 62. 1. 41; D. 62. 1. 94).

« Considérant que le chemin dont s'agit, le seul qui conduise en ce moment aux moulins de Mullier, est appelé rue, ou ruelle, dans les titres anciens... qu'en cet état la présomption est que ce chemin, servant à la circulation de tous, asservi à l'usage de tout venant, est un chemin public. — Que cette présomption s'augmente par cette circonstance qu'en effet ce chemin est classé au nombre des chemins publics et le sol affranchi de l'impôt par suite de son inscription au cadastre comme chemin public; — Que dès lors ce serait à Mullier à rapporter la preuve que ce chemin a été créé sur son domaine, à ses frais et *qu'il en a conservé la propriété.*

(*Ces derniers mots signifient clairement qu'alors même que le demandeur aurait été originairement propriétaire du chemin, la commune en aurait prescrit la propriété*).

Digitized by Google

aurait-elle suscité moins de critiques, si au lieu de parler de *présomptions de propriété*, expression qui laisse en effet à désirer, les arrêts s'étaient appuyés sur les principes de la Publicienne, traditionnellement conservés par notre ancien droit jusqu'au Code civil, et que le silence de ce Code, sans parler d'autres motifs, suffit à maintenir en vigueur.

Et, par exemple, les arrêts nous auraient semblé plus exactement motivés, s'ils s'étaient, quant au fond des idées, appuyés sur des considérations du genre de celles que nous allons indiquer sous forme d'*Attendus*, comme s'il s'agissait de motiver un arrêt :

« En droit ;

« Attendu qu'il a toujours été admis en France, jusqu'au Code civil, que le demandeur en revendication justifiait suffisamment de son droit de propriété en prouvant qu'il avait eu sur l'immeuble litigieux une possession utile pour prescrire, alors même qu'il ne serait pas démontré que cette possession ait duré pendant le temps requis pour l'acquisition de la propriété, à moins toutefois que le défendeur ne justifiât aussi d'une possession utile pour prescrire ;

« Attendu que le Code civil ne trace point de règles en ce qui touche la preuve de la propriété ;

« Que l'art. 1315 ne parle que de la preuve des droits de créance, et ne saurait être étendu à celle de la propriété, attendu qu'il n'y a aucune analogie entre les deux cas [1] ;

« Attendu que dans le silence de la loi le juge, non seulement autorisé, mais rigoureusement obligé à statuer malgré ce silence (art. 4), peut et doit, ainsi que cela a été reconnu par les rédacteurs de nos lois, s'inspirer des considérations d'équité, et par conséquent aussi des nécessités pratiques ;

« Attendu que ces deux éléments de décision concordent pour faire admettre, en l'état de la propriété immobilière en France, qu'on ne saurait dans tous les cas exiger du demandeur la preuve rigoureuse et pour ainsi dire mathématique de son droit [2] ;

« Attendu d'ailleurs que le silence du Code sur un point aussi important et d'une application aussi fréquente, ne peut s'expli-

[1] Pour le développement, voyez ci-dessus n° 381.

[2] Pour le développement, voyez ci-dessus, n° 370.

Digitized by Google

quer que par la volonté tacite de maintenir les anciens principes résumés par Pothier, guide habituel des rédacteurs de nos lois. »

« En fait :

« Attendu que des faits de la cause et notamment.... etc., il résulte des présomptions suffisantes que le demandeur a eu sur l'immeuble litigieux une possession présentant les caractères requis par l'art. 2229 du Code civil..., etc.

« Attendu que le défendeur ne justifie point d'une possession présentant les mêmes caractères... etc.;

« Que par conséquent le demandeur a suffisamment justifié qu'il est propriétaire de l'immeuble litigieux... etc. »

383. — Ainsi, il nous semble que la jurisprudence se serait tenue sur un terrain plus sûr en s'appuyant, dans le silence des textes, sur l'usage constant, la tradition historique et l'autorité de Pothier, inspirateur habituel du Code civil, pour décider que le législateur n'avait entendu rien innover aux règles reçues avant lui dans l'action en revendication.

Est-ce à dire pourtant que, même en faisant complètement abstraction de la tradition historique, la plupart des solutions jurisprudentielles ne puissent pas se justifier en se plaçant exclusivement au point de vue des textes contenus dans nos Codes?

Nous croyons qu'il est possible de faire cette justification : de dégager des motifs, quelquefois insuffisants ou vagues, que l'on trouve dans les arrêts, la raison juridique qui a au fond dicté leurs solutions, quoique cette raison n'ait pas trouvé dans ces arrêts son expression claire, sa formule précise.

Rappelons-nous tout d'abord qu'en règle générale, dans la presque totalité des cas, la preuve de la propriété, c'est nécessairement la preuve de la prescription. Il faut toujours en venir là; jamais ou presque jamais on ne démontrera catégoriquement qu'on est propriétaire, si l'on ne montre pas qu'on a, par soi ou par ses auteurs, accompli la prescription.

Par conséquent, la preuve de la propriété et celle de la prescription se confondent en pratique.

Or, comment prouve-t-on la prescription ?

Si l'on a un juste titre, il reste à établir des faits de possession paisible, publique, non précaire ou équivoque, continue et non

Digitized by Google

interrompue [1], pendant le délai de dix à vingt ans, fixé par l'article 2265.

Comprenant combien cette preuve est difficile à faire pour le long espace de temps requis, le Code la facilite par une présomption légale : la possession prouvée à deux moments de la durée fait présumer qu'elle s'est continuée pendant l'intervalle : *probatis extremis, præsumitur medium* [2].

Si l'on n'a point, ou qu'on ne puisse produire de juste titre, il suffit de prouver ces faits de possession, mais alors il faudra trente ans, art. 2262.

Les faits de possession allégués se prouveront naturellement par témoins : l'art. 24 du Code de procédure civile dispose, en matière d'actions possessoires, que l'enquête sera ordonnée : ici nous pouvons raisonner par analogie; il ne s'agit pas d'actes juridiques, mais de purs faits : on n'a pu d'ailleurs se procurer une preuve écrite de leur existence, art. 1348 [3].

Enfin il n'est point nécessaire d'insister, puisque personne n'a jamais contesté l'admissibilité de la preuve testimoniale pour les faits de possession dont on prétend faire résulter la prescription.

Mais, si la preuve par témoins est recevable ici, il en résulte

[1] Art. 2229. — Nous ne parlons pas de la bonne foi qui se suppose toujours quand on a un juste titre.

[2] Art. 2234. — Voy. Aubry et Rau, § 217.

[3] Art. 1348 : Elles (les règles sur la preuve) reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui.

Cette seconde exception s'applique :

1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits;

2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait;

3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit;

4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. »

On convient d'ailleurs que l'énumération de cet article n'est pas limitative et qu'il suffit qu'il y ait eu impossibilité de se procurer une preuve écrite : Aubry et Rau § 765; Laurent, t. XIX, nos 545, 577.

Digitized by Google

forcément l'admissibilité de la preuve indirecte par simples présomptions de l'homme [1].

Par conséquent un jugement peut, en se basant sur de simples présomptions, décider que le demandeur a prescrit par lui ou par ses auteurs, et lui adjuger en conséquence la propriété. Cette décision ne pourrait d'ailleurs être censurée par la Cour suprême, puisque l'appréciation des présomptions étant entièrement abandonnée à la prudence du juge, son erreur sur ce point ne constitue qu'un mal jugé, et ne saurait ainsi donner ouverture à cassation [2].

Enfin, l'on nous concédera sans doute aisément que les présomptions tendant à prouver la prescription devront être d'autant plus facilement admises au lieu et place de la preuve testimoniale, que cette preuve testimoniale sera en pratique plus difficile à fournir.

Or, s'il est relativement aisé de prouver les faits de possession que l'on a accomplis soi-même, il est bien plus difficile de démontrer ceux de son auteur.

On sait quels travaux on a fait opérer sur l'immeuble, et par quels ouvriers ; à quelle date et par qui telle lande a été défrichée, telle haie plantée, tel mur construit ; on peut retrouver les quittances des impôts payés, etc. : on arrive enfin, non sans peine parfois, à établir une enquête concluante, malgré les obscurités, les erreurs, les contradictions, l'incertitude inhérentes au témoignage humain.

Mais, le plus souvent, on se trouvera fort embarassé lorsqu'il s'agira de prouver les faits de possession de son auteur, non seulement parce qu'ils sont plus anciens et qu'ainsi le vague des témoignages s'augmente en même temps que leur nombre décroît, mais surtout parce qu'on n'a pas eu personnellement connaissance de ces faits de possession ; il devient très difficile d'en préciser la date et d'en retrouver les témoins.

Dès lors les présomptions devront être bien plus facilement

[1] Art. 1353 : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et conçordantes, *et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales*, etc. »

[2] Aubry et Rau, § 472, note 5 et les arrêts cités.

Digitized by Google

admises pour remplacer la preuve testimoniale, lorsqu'il s'agira de prouver la prescription accomplie ou commencée par mon auteur, que pour le temps pendant lequel j'ai personnellement possédé.

D'autre part on devra aussi se montrer bien moins exigeant sur la gravité ou la précision de ces présomptions pour le temps de possession de mon auteur, que pour le mien. Plus la preuve directe devient difficile, moins on doit être rigoureux en ce qui touche la preuve indirecte par laquelle la loi, ne l'oublions pas, permet d'y suppléer !

Nous sommes en matière de présomptions de l'homme : ici donc le bon sens et l'équité doivent régner en maîtres souverains.

De tel fait connu doit-on conclure à une possession suffisante pour la prescription? Oui, si la conséquence est probable ; il n'est pas nécessaire qu'elle se présente avec la rigueur et la certitude d'une déduction mathématique. Si l'on constate qu'habituellement, normalement, tel fait se trouve en corrélation avec telle situation juridique, et si l'on reconnaît l'existence de ce fait, on y verra un indice très probant de la situation juridique en question.

Pour préciser les idées, lorsque je tiens mon droit d'un vendeur qui se trouvait en possession lors de l'aliénation, et qui m'a transmis cette possession, il devient extrêmement vraisemblable que cet aliénateur, qui pouvait ainsi disposer de la chose, au vu et au su du public, sans soulever de contestation, avait, par lui ou ses auteurs, *prescrit la propriété de ce bien*, à supposer même qu'ils n'en eussent pas été de tout temps légitimes propriétaires.

M'obligerez-vous de prouver par témoins que ce vendeur et ses auteurs ont réellement possédé pendant trente ans, alors que je ne pourrai le plus souvent retrouver les traces de cette possession qui n'a pas été mon fait personnel?

Bien souvent, grâce aux nombreuses causes de suspension de la prescription, il me faudrait remonter beaucoup plus haut, invoquer le témoignage d'une génération disparue !

N'y a-t-il pas dans ces deux faits de possession et d'aliénation, alors surtout qu'ils ne sont pas contredits par d'autres indices, une présomption suffisante de prescription accomplie par mon auteur ou ceux à qui il a succédé?

Laurent critique la jurisprudence en ce qu'elle admet des

Digitized by Google

présomptions de propriété; il ne peut s'agir, dit-il, que de présomptions de l'homme, car les présomptions légales exigent un texte. Or, ajonte-t-il, les présomptions de l'homme ne sont pas recevables au dessus d'une valeur de 150 fr. — Voilà, à nos yeux, l'erreur : du moment qu'il s'agit de prescription, les présomptions humaines deviennent admissibles, quelle que soit la valeur, puisque la preuve testimoniale est recevable!

Donc, si les arrêts nous parlent de *présomptions de propriété*, il y a là tout simplement une ellipse de langage : on veut dire : *présomptions de prescription*, ce qui, pratiquement, revient en effet à la même chose que présomptions de propriété.

Il ne s'agit en définitive que d'une querelle de mots : les arrêts, encore une fois, ne sont pas faits principalement pour l'enseignement du droit; peu importe l'expression que l'on pourrait souhaiter plus correcte, c'est le fond de la pensée qu'il faut voir; mettez : *présomptions de prescription* à la place de *présomptions de propriété*, et les principales critiques de Laurent s'évanouissent aussitôt.

384. — Reprenons maintenant les trois hypothèses que nous avons distinguées ci-dessus.

Première hypothèse. Le demandeur a un titre antérieur à la possession du défendeur, qui, de son côté, n'en produit aucun. Bien entendu la possession du défendeur n'a pas duré trente ans, et le titre du demandeur est antérieur au début de la possession du défendeur.

Il y a dès lors quelque chose de certain, c'est que le défendeur n'est point propriétaire. Il n'a pas acquis les droits du propriétaire, puisqu'il n'a pas de titre ; il ne peut compter que sa propre possession, puisqu'il n'a point d'auteur; enfin cette possession n'a pu le rendre propriétaire, puisqu'elle n'a pas duré le temps voulu!

En face de ce défendeur, dont le défaut de droit est certain, nous trouvons un demandeur dont la propriété n'est pas, il est vrai, absolument démontrée.

Personnellement, il n'a pas possédé assez longtemps pour prescrire; cependant il a eu une possession d'une certaine durée, appuyée sur un juste titre. Si son auteur avait déjà accompli une partie du délai requis pour la prescription, notre demandeur, en

Digitized by Google

joignant cette possession à la sienne, arriverait assez vite à parfaire le temps exigé. Cela posé, voyons ce que nous révèlent les éléments de l'affaire, en ce qui touche la possession de l'auteur du demandeur.

Le fait de m'avoir vendu est un indice à peu près certain de possession; dans l'immense majorité des cas, on ne vend que ce que l'on possède. D'ailleurs le fait que la possession du défendeur ne remonte qu'à une époque plus récente, vient confirmer l'idée que l'auteur du demandeur possédait au jour où il a vendu. Il y a donc ici des présomptions concordantes qui établissent suffisamment que l'auteur du demandeur était en possession au moment où il a aliéné.

Maintenant combien de temps cette possession avait-elle duré?

L'auteur du demandeur la tient-il lui-même d'un vendeur qui avait possédé un certain temps? Les enquêtes ou les documents du procès n'ont pas fait la lumière à cet égard. Comme il ne s'agit plus de faits personnels au demandeur actuel, il lui est très malaisé, souvent impossible, de fournir à cet égard des preuves catégoriques.

Dans ces conditions, la jurisprudence a-t-elle tort de présumer qu'en joignant à la possession utile du demandeur celle que son auteur a eue, et dont on ne peut préciser la durée, on arrive à trouver le délai de la prescription? Cela n'est-il pas fort probable?

Qu'est-ce qu'une présomption, si ce n'est une conséquence, non pas forcée à coup sûr, mais seulement vraisemblable et probable, que l'on tire d'un fait connu à un fait inconnu, art. 1349?

Et bien, n'y a-t-il pas là des circonstances rendant très probable la prescription, c'est-à-dire en définitive, la propriété?

Il nous semble qu'on doit l'admettre aisément, surtout si l'on considère d'une part que l'un des plaideurs est très vraisemblablement propriétaire, et d'autre part que le défendeur ne l'est certainement pas, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

Deuxième hypothèse. Ce raisonnement justifie aussi la solution que donnent la plupart des auteurs dans le cas où les deux parties tiennent l'immeuble d'un même aliénateur. Cet aliénateur doit être présumé avoir prescrit par lui ou par ses auteurs.

Je ne crois pas que l'on puisse sérieusement imaginer un dé-

Digitized by Google

fendeur prouvant que l'auteur du demandeur, c. à d. l'auteur commun, n'était point propriétaire? On ne saurait démontrer cela catégoriquement qu'en établissant le droit de propriété d'un tiers; le défendeur tomberait alors de Carybde en Sylla, puisqu'il se serait ainsi bénévolement chargé d'assurer le succès de la revendication que ce tiers ne manquerait pas de diriger immédiatement contre lui en s'appuyant sur ses propres déclarations.

On pourra imaginer plus sérieusement un défendeur alléguant qu'un tiers a possédé à une époque trop récente pour que, depuis lors, le demandeur ou ses auteurs aient pu prescrire. Dans ce cas, selon que l'on suivra la tradition historique, ou qu'on se se bornera à invoquer les présomptions de prescription, on donnera la victoire au demandeur ou au défendeur. Nous suivrions plutôt la tradition, et nous donnerions la préférence à l'acquéreur à qui le vendeur commun a fait tout d'abord tradition.

Lorsque les deux parties tiennent l'immeuble d'auteurs différents, et qu'on ne justifie point par des preuves directes qu'un de ces auteurs ait réellement prescrit, comme alors les présomptions de prescription militent également en faveur de ces deux auteurs, le possesseur actuel doit l'emporter.

Troisième hypothèse. Enfin, la solution jurisprudentielle peut encore se justifier dans le cas où personne ne produisant de titres, le défendeur n'a point une possession utile pour prescrire, tandis que le demandeur pronve qu'il a eu cette possession, sans pouvoir démontrer pourtant qu'elle a duré trente ans.

Les difficultés de la preuve pour les faits anciens peuvent autoriser le juge, suivant les circonstances, à présumer que cette possession remonte assez haut pour assurer au demandeur le bénéfice de la prescription, puisqu'encore une fois la prescription peut se prouver par de simples présomptions abandonnées à la prudence des magistrats; elles doivent être d'autant plus facilement admises dans cette hypothèse, que l'on est certain ici de ne pas enlever la chose au propriétaire; un individu qui n'a ni titre ni possession *ad usucapionem* ne saurait être propriétaire.

Mais il nous semble que si le défendeur arrivait à montrer positivement que la possession continue du demandeur *n'a pas duré trente ans,* comme alors il ne serait plus possible de croire

Digitized by Google

que le demandeur a prescrit, il faudrait le débouter de sa revendication.

Le système des arrêts, n'est pas, on le voit, aussi dénué de de base juridique que Laurent et ses adhérents l'ont prétendu. Dons une assez large mesure on peut justifier ses solutions : sans doute toute présomption légale de propriété doit s'appuyer sur un texte, sans doute les présomptions de l'homme ne sont recevables que là où la preuve peut être faite par témoins, mais tel est précisément le cas pour la possession qui engendre la prescription, et, à notre avis, un arrêt échapperait à toute censure si, après avoir constaté les faits, il ajoutait :

« Attendu que de ces documents de la cause il résulte des présomptions suffisantes pour convaincre la Cour, qu'en supposant même que le demandeur et ses auteurs n'aient pas été propriétaires depuis l'origine, ils ont possédé utilement pendant le temps requis pour la prescription. »

385. — C'est ainsi que l'on pourra donner satisfaction à cette tendance, manifestée par quelques auteurs modernes, de faire table rase de tout ce qui existait avant le Code, comme si la France juridique datait de 1804 !

Rien qu'avec le Code on peut, en les motivant un peu différemment, justifier la plupart des décisions de la jurisprudence, et cela, ce nous semble, sans compliquer les choses ni forcer leur nature.

Ceux qui, déniant à la tradition historique toute autorité, ne veulent voir que les articles du Code, ne laissent pas de conserver pourtant (il le faut bien) une immense quantité d'anciens principes : il faut voir alors quels prodiges d'adresse il déploient pour rattacher ces principes à des articles qui n'ont avec eux aucun lien perceptible.

Combien de fois ne sont-ils pas même obligés d'y renoncer, et d'alléguer tout simplement le vieil adage non reproduit par nos lois actuelles !

Que de fois même on les voit forcés de *corriger le Code*, d'invoquer un *vice de rédaction*, et de faire prévaloir le vieux principe à l'encontre du texte précis d'un article !

Quand une solution leur plaît, le silence du Code ne les gêne

Digitized by Google

guère ; si elle n'a pas leurs préférences, ils se montrent inflexibles, ils exigent des textes !

On tombe ainsi dans un arbitraire complet, et les discussions s'éternisent, non seulement parce que les méthodes d'interprétation varient avec chaque écrivain, mais encore parce qu'un même écrivain n'est pas toujours fidèle à sa méthode.

Faut-il faire aussi bon marché de la tradition historique, fruit d'une longue accumulation d'expériences, de tâtonnements innombrables, trésor inestimable que nous trouvons dans l'héritage de nos prédécesseurs ; le mépriserons-nous parce qu'il ne nous a rien coûté, et que, pour y avoir droit, nous ne nous sommes donné que la peine de naître ?

Telles n'ont pas été les idées des rédacteurs de nos Codes ; ils n'ont pas eu la prétention d'y faire entrer tout le droit, ils ont entendu conserver, sans avoir besoin de les formuler expressément, cette énorme quantité de principes applicables à toute époque, au milieu desquels ils avaient vécu, et qui étaient devenus partie intégrante de leur intelligence juridique.

Le principe de la Publicienne est de ce nombre ; la jurisprudence romaine en avait trouvé la formule précise, elle avait réussi à déterminer dans quelle mesure exacte l'équité et les nécessités pratiques exigeaient qu'un demandeur fût dispensé de prouver catégoriquement son droit de propriété. Il n'y avait qu'à respecter et à suivre cette tradition à laquelle les auteurs du Code n'ont certainement pas entendu déroger [1].

Alors que d'incertitudes évitées !

Ces incohérences, d'ailleurs plus apparentes que réelles, ces hésitations que l'on reproche à la jurisprudence en cette matière [2], cette insuffisance des motifs donnés par les arrêts, tout cela tient précisément à ce qu'au lieu de suivre la large voie, la voie bien tracée et si sûre de la tradition historique, on s'est efforcé d'arriver au but par des sentiers de traverse ; il eût été plus simple de rester sur la grande route.

[1] Portalis, *Discours préliminaire sur le Code Civil,* admet l'autorité de l'usage pour régler les détails dans lesquels le législateur n'a pu entrer : « à défaut de texte précis... un usage ancien... tiennent lieu de loi. » (Locré, t. I, p. 257, n° 9).

[2] Montagne, *op. cit.*, p. 211 *in fine.* — Laurent, t. VI, n° 156.

Digitized by Google

Au fond c'est toujours au même but que l'on tend, c'est toujours le même résultat dont la poursuite s'impose à la jurisprudence.

Il ne suffit pas en effet de vouloir ignorer la tradition pour s'en affranchir ! Elle dicte leurs décisions même à ceux qui n'en ont point approfondi les origines, ils en subissent l'influence à leur insu [1] ; œuvre de raison et d'expérience, elle devient un instinct, une « *raison qui s'ignore* » [2] ; elle a des titres ; ceux qui n'auront pas cherché à discerner les véritables en allègueront d'apocryphes, mais la solution ne variera pas !

Tant que dureront les nécessités pratiques auxquelles elle doit sa naissance, tant que vivra le droit de propriété qu'elle sanctionne si énergiquement en protégeant même son apparence, malgré le silence des Codes, malgré les objections des contempteurs de la tradition et de la pratique, la Publicienne subsistera.

C. APPLETON.

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, CONTENANT UNE ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE DE LA THÉORIE DES STATUTS ET DES RAPPORTS DE CETTE THÉORIE AVEC LE CODE CIVIL [3],

Par M. Armand Lainé,
Professeur-adjoint à la Faculté de Droit de Paris,
Compte-rendu par M. F. Larnaude,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

L'ouvrage de M. Lainé, dont le premier volume vient de paraître, est destiné, croyons-nous, à faire date parmi les livres consacrés au droit international privé. Personne n'avait jusqu'à présent soumis à des recherches aussi approfondies les origines des doctrines du droit international privé. Sans doute M. Laurent [4], dans le premier volume de son *Droit civil international*, a consacré à cet objet d'assez longs développements. On peut même dire que c'est lui qui a donné le signal de ces études jusqu'alors négligées. Il faut mentionner aussi une remarquable thèse de doctorat, soutenue à la Faculté de Droit de Bordeaux

[1] Voyez plus haut, n° 382 *bis*.

[2] Voyez Taine, *Ancien régime*, p. 270-279.

[3] Tome I, 1888.

[4] F. Laurent, *Le Droit civil international*, tome I, 1880.

Digitized by Google

par M. L. Barde en 1880 [1], où la théorie traditionnelle des statuts fait l'objet de développements tout à fait neufs. Mais ni M. Laurent, ni M. Barde n'avaient eu la patience de dépouiller avec le soin minutieux qu'y a mis M. Lainé tous les vieux auteurs qui ont élaboré lentement, pas à pas, des doctrines qui nous sont familières aujourd'hui, mais dont l'enfantement a été long et laborieux. M. Barde avait négligé les glossateurs. M. Laurent avait bien entrevu l'importance de leur place dans le développement des théories du Droit international privé. Mais il ne les avait pas soumis à une analyse assez serrée, de sorte qu'il se rencontre quelquefois dans son œuvre des généralisations un peu hasardées. C'est l'un des mérites de M. Lainé de n'avoir rien avancé qu'il n'ait étayé de preuves nombreuses, décisives. Ayant soumis à des investigations nouvelles les travaux des créateurs du droit international privé, les glossateurs et les post-glossateurs, il est arrivé aussi à des constatations tout à fait neuves qui rectifient bien des erreurs fort accréditées aujourd'hui. Signalons rapidement quelques-unes de ces découvertes.

C'est un lieu commun répété partout [2] que celui qui consiste à attribuer à Bartole la création de la théorie des statuts et particulièrement la distinction du statut réel et personnel. M. Lainé montre d'abord que Bartole n'a fait que donner des développements nouveaux à une théorie élaborée bien avant lui et à laquelle ont coopéré tous ceux qui ont eu à gloser ou à commenter la fameuse loi « *cunctos populos* ». Il faudra désormais lire cette analyse si complète de la théorie de Bartole. On y verra en même temps qu'on a eu tort aussi d'attribuer à Bartole cette distinction du statut réel et personnel qui devait avoir une si singulière fortune. M. Lainé démontre que cette distinction, capitale aujourd'hui, ne tient dans son œuvre qu'une place minime. Bartole, comme tous ses prédécesseurs, ne se préoccupe dans cette matière du conflit des lois que d'une chose : quelle est, d'après

[1] Louis Barde, *Théorie traditionnelle des statuts ou principe du statut réel et du statut personnel d'après le droit civil français*, 1880.

[2] Il faut excepter de Savigny qui dit très exactement : « Cette distinction se trouve déjà à l'état d'ébauche dans Bartole et elle n'apparaît plus complétement développée que vers la fin du XVIe siècle », de Savigny, trad. Guénoux, *Traité de Droit Romain*, tome VIII, § 361.

Digitized by Google

l'étude intime du rapport de droit en contact avec plusieurs législations, celle qui lui est le plus naturellement applicable. Il n'a pas la prétention de faire rentrer bon gré mal gré toutes les dispositions de loi dans ce lit de Procuste. Dans son œuvre la distinction des lois réelles et des lois personnelles n'occupe qu'une place « très modeste », elle n'y est qu'en germe. C'est notre grand d'Argentré qui est le véritable créateur de ce concept juridique destiné à jouer un si grand rôle dans notre matière et qui devait exercer la sagacité et, disons-le aussi, la subtilité de tant de jurisconsultes. N'est-il pas intéressant de constater que Bartole et les jurisconsultes qui l'ont précédé n'avaient au contraire pas d'autre méthode que celle qui est si nettement formulée par de Savigny [1] en ces termes : « Rechercher pour chaque rapport juridique le domaine du droit auquel ce rapport appartient de sa nature. » Ce n'est pas le seul point sur lequel ils aient devancé les modernes. La personnalité du statut de la succession ab intestat, un des desiderata du droit international privé actuel, on en attribue d'ordinaire la conception à la doctrine allemande moderne. M. Lainé l'a retrouvée dans un jurisconsulte du XIIIe siècle, dans Albéric de Rosate. Il n'est pas jusqu'à la notion de l'*ordre public*, cette construction juridique qu'on dirait essentiellement de notre temps, puisqu'elle se relie à la notion de l'État, qu'on ne retrouve dans les écrits de ces précurseurs sous le nom de *statuts favorables* et de *statuts odieux*.

On voit combien de constatations neuves et intéressantes renferme le livre de M. Lainé. Tous ces vieux jurisconsultes ont été fouillés par lui avec un tel soin, j'allais dire avec un tel amour et une telle patience, qu'il a rendu bien difficile la tâche de ceux qui viendront après lui. Ils n'auront, s'ils ne veulent pas se borner à répéter l'œuvre de leur devancier, qu'une seule ressource, celle d'adopter une méthode quelque peu différente de celle qu'il a suivie. M. Lainé a pris par ordre chronologique tous les jurisconsultes qui ont écrit sur la théorie des statuts et a analysé leur œuvre. J'aurais préféré et je recommande à ceux qui viendront après lui une autre méthode qui donnerait, il me semble, bien plus d'unité au sujet. Elle consisterait à prendre

[1] De Savigny, trad. Guénoux, tome VIII, § 360.

Digitized by Google

chacune des grandes questions de la matière et à montrer comment peu à peu les théories diverses dont elles étaient l'objet s'étaient élaborés, développées, achevées! La méthode de M. Lainé, outre qu'elle l'oblige à des redites fréquentes, a l'inconvénient de ne pas laisser dans l'esprit du lecteur de ces impressions d'ensemble qui ne s'effacent plus, elle est trop fragmentaire. Elle ne permet pas de mettre dans tout leur jour, en en montrant l'évolution et l'enchaînement, les constructions juridiques dont il faut retracer l'élaboration.

Peut-être pourrait-on reprocher aussi à M. Lainé de ne pas avoir assez insisté sur la différence que Bartole présente avec l'école des glossateurs [1] parmi lesquels on le range souvent bien à tort. Dans un article de la nouvelle *Revue historique de droit français et étranger* de 1883, M. J. Flach a très nettement caractérisé la différence des deux écoles. Ce qui distingue les commentateurs, postglossateurs ou Bartolistes, c'est le caractère essentiellement pratique de leur conception du droit. Les glossateurs ont eu le très grand mérite de faire revivre l'étude des textes pris à leur source la plus pure, en dégageant le droit romain de l'alliage barbare ou canonique qui l'embarrassait jusqu'à eux. Mais les Bartolistes, dont on a trop médit, se recommandent par des titres tout à fait différents. Ils ont avant tout la préoccupation de donner satisfaction aux besoins pratiques de leur temps. Ils se soucient médiocrement d'être d'accord avec la pensée des jurisconsultes Romains. Ce qu'ils veulent avant tout, c'est mettre le droit romain à même de satisfaire les besoins juridiques actuels. Aussi ne se gênent-ils pas pour édifier avec et sur des lois romaines des théories qui n'y touchent que de bien loin, qui souvent n'y touchent pas du tout. Mais avec ce point de départ ils ont eu le mérite inappréciable de faire rentrer le droit romain dans la pratique. Avec les glossaseurs il s'en écartait tous les jours davantage ! N'est-ce pas d'ailleurs, et sous une forme qui peut varier, ce qui se produit en tout temps et pour toute législation ? N'avons-nous pas encore aujourd'hui des glossateurs et des Bartolistes ? N'y a-t-il, pas en effet, des jurisconsultes qui veulent

[1] *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1883, J. Flach, *Cujas, les glossateurs et les Bartolistes.*

Digitized by Google

du Code civil une interprétation large, hardie, et d'autres qui n'osent jamais aller au delà du texte ? Il aurait été d'autant plus intéressant d'insister sur ce caractère de l'école Bartoliste que, grâce à cette tendance, son chef a pu faire faire un pas immense à la théorie des statuts.

Mais ce sont là de légères critiques qui n'enlèvent rien à la haute valeur du livre de M. Lainé. Attendons le second volume qui sera consacré à l'analyse des doctrines des statutaires du XVIIIe siècle, aux rapports qui existent entre la théorie des statuts et le droit international privé français d'aujourd'hui, et aux règles générales de l'application des lois étrangères en France. Dans le volume actuel qui, outre l'histoire de la théorie des statuts, renferme d'excellentes pages sur l'objet et le caractère du droit international privé, nous n'avons guère trouvé que matière à éloges. Le second n'aura certainement pas un moindre mérite.

F. LARNAUDE.

DE LA FEMME DU COMMERÇANT. EXAMEN CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE,

Par M. Paul BRESSOLLES, Docteur en droit,
Avocat à la Cour d'appel de Toulouse [1].

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

M. Paul Bressolles, que d'excellents travaux ont déjà fait connaître et apprécier, vient d'enrichir la bibliographie juridique d'une nouvelle monographie, dont la valeur ne le cède en rien à celle de ses aînées. Cette fois, c'est un point de droit commercial, et non le moins délicat et le moins intéressant, qui a sollicité son activité et attiré son attention. Il consacre son étude à l'examen critique de la jurisprudence relativement à la femme du commerçant. L'auteur, dans son introduction (pp. 8 et 9), s'est chargé de nous indiquer lui-même l'objet et le but de son livre. « Le législateur, écrit-il, a créé à la femme mariée commerçante, ou unie à un commerçant, une situation spéciale. Il lui a fait un régime destiné à favoriser la prospérité du commerce qu'elle dirige ou que dirige son mari, et à sauvegarder ses intérêts ou ceux des tiers. C'est de ces diverses règles que je voudrais envisager une partie, celle qui a trait à la femme du commerçant. Prenant

[1] Paris, 1888, 1 vol. in-8.

Digitized by Google

pour point de départ les articles du Code civil (art. 220 C. civ.), et du Code de commerce (art. 5 et 557 et suivants), qui concernent la femme du commerçant, je veux me livrer exclusivement à l'étude des arrêts qui ont fait application de ces articles. » C'est assez dire que M. Bressolles, d'une part, laisse de côté la femme marchande, et, de l'autre, n'entend s'occuper ni de législation, ni de droit international comparé. « Exposer, nettement et sans longueurs, ajoute-t-il, les principes et les conséquences, tel est le but de l'étude présente. » Comme on le voit, le plan de M. Bressolles est limité. Mais, quelque restreint qu'il soit, il fournissait matière à des développements instructifs et remplis d'attrait. L'auteur l'a bien prouvé. Son livre se divise en deux parties, de dimension naturellement très inégale. L'une est consacrée à la femme du marchand, en dehors du cas de faillite de son mari; l'autre est spéciale aux droits de la femme du commerçant, quand son mari est tombé en faillite. Ces deux situations si tranchées font l'objet de deux chapitres distincts. Dans le premier, de beaucoup le plus court, deux situations sont tour à tour passées en revue : celle où la femme reste étrangère au commerce de son mari; celle où elle se mêle à ce commerce, soit à titre de préposée, soit à titre d'associée. Dans le second, deux grandes sections ont trait à la faillite du mari : la première, par rapport à la personne et à la capacité de la femme; la seconde, par rapport aux droits et reprises de celles-ci, selon que les reprises ne sont pas encore ou ont été déjà liquidées antérieurement au jugement déclaratif.

Telle est la physionomie générale de cette remarquable dissertation. Le nombre des sources auxquelles l'auteur a puisé témoigne à la fois de sa conscience, de la connaissance approfondie qu'il a du sujet, et, partant, de sa compétence toute particulière pour le traiter et pour l'écrire. Ajoutons qu'en publiant le fruit de ses recherches et des réflexions qu'elles lui ont suggérées, M. Bressolles a rendu un réel service. Le développement inoui que les opérations commerciales ont pris en notre siècle, les contestations multiples auxquelles elles ont donné naissance, les catastrophes qu'elles ont, par malheur, trop souvent entraînées, ont fourni aux tribunaux de fréquentes occasions de se prononcer sur la situation

Digitized by Google

de la femme du commerçant, sur ses droits et sur ses obligations. Analyser avec sagacité et pénétration cette jurisprudence, la suivre, pas à pas, dans sa longue évolution, puis, inventorier, classer, réunir et condenser ses décisions, les codifier, pour ainsi dire, au moyen d'une synthèse habile et intelligente, guidée et éclairée par les principes qui les dominent et les ont inspirées, c'est faire œuvre originale, curieuse et utile. M. Paul Bressolles vient de la tenter avec un plein succès pour une partie importante de notre droit. Son exemple est salutaire à imiter, parce que les résultats en seraient précieux et féconds, au double point de vue de la théorie et de la pratique. En nous le donnant avec autant de bonheur, nul doute que chacun doive gagner à le lui voir de rechef appliquer à d'autres sujets. Aussi espérons-nous que l'auteur est entré dans une voie qu'il poursuivra, pour le plus grand profit de tous. P. LOUIS-LUCAS.

LA LOI DU 18 AVRIL 1886 ET LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DIVORCE, AVEC FORMULES [1],

Par M. Adrien CARPENTIER,
Agrégé des Facultés de droit, Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Nul n'ignore que, si le législateur de 1884 s'est, en ce qui concerne la forme et le mode de procéder en matière de divorce, abstenu d'innovations importantes, ce n'est pas qu'il l'ait jugé sans intérêt ou inutile; ce n'est pas davantage qu'il ait omis de fixer son attention sur un point si essentiel; mais c'est « parce qu'il a craint de compromettre, par les retards qu'aurait entraînés la réglementation à nouveau de la procédure, une réforme dont l'opportunité et l'urgence n'étaient plus à démontrer. » Nous avons, à cet égard, l'aveu exprès et formel du rapporteur de la loi au Sénat (séance du 1er juin 1884), et il suffira à expliquer, sinon à justifier, le caractère forcément superficiel de la loi du 27 juillet, portant abrogation de celle du 8 mai 1816 et rétablissement du divorce en France.

Mais la pratique s'accommode mal des lacunes et des imperfections législatives, alors surtout que la loi nouvelle est de nature à recevoir de journalières applications. Aussi bien, le mal ne

[1] Paris, 1888, 1 vol. gr. in-8.

Digitized by Google

tarda pas à se révéler, et, au lendemain même du jour où le divorce avait repris rang parmi nos institutions de droit civil, on peut le dire sans exagération, il devint assez profond, pour exiger un remède immédiat. La loi du 27 juillet 1884, en effet, avait fait affluer au tribunal de la Seine un tel courant d'affaires, que la nécessité s'était imposée, dès l'abord, de songer à élaborer une loi de procédure, dont la précipitation du premier moment avait empêché les Chambres de s'occuper, au plus grand détriment des parties et de leurs conseils ou représentants. Les choses en étaient arrivées à ce point, que le projet présenté par le Gouvernement, le 4 février 1886, bénéficia d'une déclaration d'urgence : la loi, adoptée le 18 avril, fut promulguée le 20.

C'est de cette loi nouvelle, destinée à compléter son aînée, que M. Carpentier offre aujourd'hui le commentaire approfondi. Il avait, du reste, une compétence toute particulière pour le fournir à bref délai. Auteur d'un traité fort apprécié sur la loi du 27 juillet 1884, dans lequel il avait, l'un des premiers, signalé les améliorations dont elle lui semblait susceptible, et les modifications qu'il était indispensable à ses yeux d'y apporter, c'était à lui, plus et mieux qu'à tout autre, qu'il appartenait de porter un jugement sur son annexe et d'apprécier les progrès accomplis. Il n'a pas reculé devant cette tâche, et tout le monde n'aura qu'à s'en féliciter. Cette seconde monographie est à tous égards digne de la précédente, dont elle est inséparable. C'est assez dire que, comme elle, elle est appelée à rendre les plus grands services.

En réalité, le livre de M. Carpentier ne nous présente pas seulement le commentaire de la loi de 1886 : c'est, à vrai dire, une seconde édition du *Traité du divorce*. Au lieu de se cantonner rigoureusement dans les limites du texte nouveau, l'auteur a élargi son cadre, et, en même temps qu'il explique les dispositions du Code civil remaniées par cette loi, il revient sur celles qu'elle a respectées dans leur intégrité et en détermine le sens et la portée : il a enrichi ainsi d'une façon fort heureuse son précédent ouvrage d'excellentes additions, tout en nous donnant un livre qui pourrait, au besoin, se suffire à lui-même. Nous signalerons, en particulier, à ce sujet, ce qu'il écrit relativement aux art. 229 à 232 du Code civil, qui contiennent l'énumération des

Digitized by Google

causes du divorce. Bien que la loi de 1886 n'y ait apporté aucune modification, il n'en était pas moins intéressant de rechercher de quelle façon les avait interprétés et expliqués la jurisprudence la plus récente et de signaler les décisions multiples rendues sur ce point depuis l'apparition du *Traité du divorce*. Le même degré d'utilité s'attachait aux articles relatifs aux effets du divorce, auxquels M. Carpentier consacre un chapitre spécial, en ayant soin de renvoyer aux numéros où se trouve traitée, dans sa première édition, chacune des questions qui sollicitent son examen.

A peine est-il besoin d'ajouter qu'une place importante est réservée à l'explication de la loi du 18 avril 1886, dont le savant auteur nous présente une étude consciencieuse. Il nous paraît en résulter que, si cette loi réalise un progrès nécessaire, elle est loin encore de constituer l'idéal de la perfection. Peut-être, après tout, n'est-elle pas plus de la procédure du divorce que de ce monde même.

Au nombre des problèmes qui ont donné lieu, de la part de l'auteur, aux discussions les plus longues et les plus sérieuses, nous nous bornerons à mentionner ceux qui ont trait à l'influence de la conversion du jugement de séparation de corps en divorce sur la dette alimentaire ; au pouvoir d'appréciation des tribunaux appelés à statuer sur une demande en conversion; enfin au point de savoir si la réconciliation existe par le seul fait de la renonciation unilatérale de l'époux offensé au droit de se prévaloir de l'injure dont il a été victime, et indépendamment du consentement du défendeur. L'ouvrage se termine par quelques pages pleines d'attrait sur la situation faite à nos différentes colonies par l'art. 5 de la loi; sur les règles applicables en droit international en cas de divorce prononcé soit entre Français à l'étranger, soit entre étrangers en France ; sur les dispositions fiscales en matière d'enregistrement. Un appendice final, qui ne manquera pas d'être apprécié par les intéresssés, contient les formules de procédure. Enfin, deux tables fort bien faites, l'une méthodique, l'autre alphabétique, rendent les recherches faciles et rapides.

Telle est, dans son ensemble, cette remarquable étude. Au premier mérite de nouveauté et d'actualité qui la distingue, vient s'en ajouter un autre supérieur et plus enviable : celui

Digitized by Google

d'être une œuvre vraiment utile, forte et pratique : utile, par les renseignements précieux qu'elle contient et par la vive lumière qu'elle jette sur une matière qui sera toujours une inévitable source de querelles et de procès ; forte, comme l'on devait s'y attendre de la part d'un théoricien de la valeur de M. Carpentier ; pratique, comme l'on était en droit de l'espérer d'un avocat déjà connu, et, par conséquent, apprécié au Palais.

P. LOUIS-LUCAS.

PRIX DU COMTE ROSSI.

En exécution du legs de Mme la comtesse Rossi, la Faculté de Droit de Paris met au concours les questions suivantes :

CONCOURS DE 1890. — 1° *Législation civile.*

A. — Prix : 4.000 fr.

Etudes sur les titres au porteur dans la législation française et les principales législations étrangères.

Nos lois ne contiennent, sur les titres au porteur, que des dispositions éparses dont il faudrait faire la synthèse en remontant aux origines, et en déterminant dans quelle mesure et sous quelles réserves la législation a admis ou admet les titres au porteur ; quels sont les effets propres de ces titres suivant leur nature, comment l'usage de ces titres se combine avec les diverses institutions juridiques, quel est leur rôle économique et quelle est l'influence que leur vulgarisation exerce en droit et en fait sur l'ensemble de la législation.

B. — Prix : 4.000 fr.

La Faculté avait proposé, pour le concours de 1888, le sujet suivant :

Du meilleur régime de publicité en matière de constitution et de transmission de droits réels immobiliers.

Les concurrents auront à rechercher par quels procédés et dans quelle mesure il convient, en matière de droits réels, d'organiser un régime de publicité qui garantisse les acquéreurs de la propriété immobilière. Ils devront, à cet effet, exposer et apprécier les systèmes adoptés en France et à l'étranger, notamment le système allemand, et celui de l'*Act Torrens.*

Quatre mémoires ont été déposés. Aucun d'eux n'ayant été jugé complétement digne de prix, la Faculté remet la question au concours de 1890, *en doublant le chiffre du prix.*

2° *Droit constitutionnel* (Prix : 2.000 fr.).

Des droits des chambres hautes ou sénats en matières de lois de finances. — Etude de législation comparée.

Les mémoires, écrits en français ou en latin, devront être déposés au secrétariat de la Faculté, au plus tard le 31 mars 1890.

Toute personne est admise à concourir. Chaque concurrent écrira en tête de son mémoire deux devises : l'une en français, l'autre en latin ; il reproduira les mêmes devises sur l'enveloppe cachetée d'un billet qui contiendra ses nom, prénoms et adresse.

Il pourra être accordé des MENTIONS HONORABLES aux mémoires qui auront le plus approché du prix.

Les noms des auteurs qui auront obtenu des MENTIONS ne seront connus et publiés que sur leur demande.

LE DOYEN : COLMET DE SANTERRE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

(Année judiciaire 1887-1888)

par M. Brémond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Nous consacrons cet article à l'examen des décisions rendues en matière d'organisation municipale.

I. — *Modifications territoriales.*

1. — La loi du 5 avril 1884 ordonne à l'administration de procéder à l'instruction des demandes en modification de territoire lorsqu'elles sont formées soit par un conseil municipal, soit par le tiers des électeurs inscrits d'une commune ou d'une section de commune (art. 3). Faut-il en conclure que, lorsque la décision appartient au pouvoir législatif, quand il s'agit par exemple de l'érection d'une nouvelle commune, les demandeurs pourront exiger que le gouvernement saisisse le parlement de la question soulevée par leur demande?

C'est ce que prétendaient les électeurs des sections de Bellevue et du Bas-Meudon qui voulaient obtenir leur séparation d'avec la commune de Meudon et l'érection de leurs sections en une commune nouvelle. Le ministère de l'intérieur ayant déclaré qu'il ne déposerait aucun projet de loi tendant à réaliser leur désir, ils se pourvurent devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir. Ils soutenaient que le Parlement seul était compétent pour statuer sur leur requête, que le ministre, obligé par la loi de procéder à l'instruction de leur demande, devait parfaire cette instruction et saisir le pouvoir législatif; et qu'en arrêtant la procédure par son refus de déposer un projet de loi, il était sorti de son rôle et s'était illégalement arrogé un droit que la loi ne lui donnait pas.

Par un arrêt du 17 février 1888 [1], le Conseil d'État a rejeté ce système par cette considération que « les actes du pouvoir exécutif, concernant ses rapports avec le pouvoir législatif, ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie conten-

[1] *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1888, p. 148.

Digitized by Google

tieuse. » La solution nous paraît exacte, mais le motif n'est peut-être pas tout à fait satisfaisant. Pourquoi donc le refus par le ministre de saisir le parlement serait-il d'une nature telle qu'il ne pourrait devenir l'objet d'un débat contentieux? Si la loi de 1884 avait formellement décidé que le ministre serait tenu de soumettre la question aux Chambres, ne faudrait-il pas admettre le recours pour excès de pouvoir contre les refus du ministre? Ce n'est pas la nature de l'acte qui s'oppose à la recevabilité du recours; c'est qu'en réalité la loi s'en est référée à l'appréciation discrétionnaire du gouvernement. En principe, en effet, l'initiative législative du pouvoir exécutif est entièrement libre et aucun texte ne la limite en notre matière; les termes de la loi de 1884 ne sont pas assez précis pour en faire découler à l'encontre du gouvernement une obligation exceptionnelle et dont l'utilité au point de vue pratique ne serait rien moins que justifiée. Le gouvernement doit être laissé maître d'apprécier dans quelle mesure la discussion des demandes de modification territoriale peut se concilier avec les nécessités de l'ordre public et des intérêts généraux.

2. — Les remaniements territoriaux entraînent toujours après eux quelques difficultés, notamment en ce qui concerne les biens lorsque les communes sont assez heureuses pour en avoir. Les lois municipales du 18 juillet 1837 et du 5 avril 1884 ont résolu quelques unes de ces difficultés; mais certaines hypothèses sont restées en dehors de leurs prévisions, celle-ci par exemple : Une fraction des habitants d'une commune qui ont droit à la jouissance des biens de cette commune conservent-ils ce droit lorsqu'ils se séparent pour former une commune nouvelle ou pour se joindre à une autre commune?

Observons tout d'abord que la question est de la compétence des tribunaux judiciaires, car il ne s'agit que d'une difficulté de propriété privée. On pourrait être tenté de croire le contraire en confondant la délimitation administrative des territoires avec le bornage des biens; mais la moindre attention suffit pour montrer que ce sont là deux choses tout à fait différentes. Sans doute le plus souvent les communes seront propriétaires de biens situés sur leur territoire, et lorsque deux communes auront leurs biens et leurs territoires contigus, ce sera presque toujours la même

Digitized by Google

ligne de séparation qui limitera à la fois les biens et les territoires; mais cela n'est pas nécessaire et rien ne s'oppose à ce qu'une commune ait des propriétés sur le territoire de ses voisines; il n'y a donc aucune relation obligatoire entre la frontière administrative et la limite des biens et par suite la fixation de chacune de ces lignes séparatives doit, au point de vue de la compétence, être examinée séparément. Il y a pour la délimination administrative un texte formel qui attribue la décision en principe aux préfets, au moins lorsque les communes font partie du même département; c'est l'article 8 du décret du 19 avril 1790. Aucune disposition de loi ne s'occupe spécialement du bornage des biens; il faut donc appliquer les règles générales de compétence, et comme ce bornage est un acte de gestion, c'est l'autorité judiciaire qui aura qualité pour en connaître.

Ces solutions paraissent définitivement admises en jurisprudence. Un arrêt du Conseil d'État du 15 juillet 1887 [1] les confirme de nouveau.

Examinons maintenant la question au fond. Les habitants qui se séparent, conservent-ils un droit aux biens? La Cour de Paris a admis l'affirmative par son arrêt du 23 décembre 1887 [2] dans une affaire où il semble que les habitants séparés formaient déjà une section distincte dans la commune d'avec laquelle ils se séparaient. La Cour n'insiste pas, d'ailleurs, sur ce détail et suppose dans son raisonnement que les habitants qui se séparent ne constituaient pas une section proprement dite.

Pour contester leur droit aux biens de leur ancienne commune, on peut dire que la propriété de ces biens appartient à la commune considérée comme personne morale; or, cette personne ne change pas, car la nouvelle délimitation du territoire est un accident sans influence sur la nature juridique de l'être moral; elle continue donc à rester propriétaire. A quel titre les habitants séparés acquerraient-ils une partie des biens? Cet argument n'a pas arrêté la Cour de Paris qui a répondu : qu'en somme si les biens sont la propriété de l'être moral, les habitants n'en ont pas moins sur eux un droit personnel; ce droit a été reconnu de

[1] Dall. 88. 3. 118.
[2] Dall. 88. 2. 217.

Digitized by Google

tout temps par la législation positive qui même à certaines époques lui a fait produire des effets importants, ainsi la loi du 10 juin 1793 autorisait le partage des biens de la commune entre les habitants. Au point de vue rationnel d'ailleurs, il est bien évident que c'est dans l'intérêt des habitants que les biens ont été donnés ou reconnus aux communes, il serait dès lors injuste d'enlever leurs droits à quelques-uns d'entre eux, parce que des nécessités d'ordre divers ont exigé un remaniement des circonscriptions communales. Cette doctrine nous paraît irréprochable.

La solution est encore plus facile lorsque les habitants qui se séparent constituaient déjà une section distincte dans l'ancienne commune. Aucune objection n'est plus alors possible contre la survivance du droit de la section : elle était dans l'indivision avec la commune pendant son union avec elle, elle reste dans l'indivision après sa séparation, car cette séparation ne constitue en aucune façon une aliénation.

La copropriété de la section séparée étant reconnue, il faut se demander si cette section peut exiger le partage. Sur cette question la Cour de Paris s'est déclarée incompétente. Il n'appartient pas, dit-elle, aux tribunaux judiciaires d'ordonner des actes qui rentrent en vertu de lois précises dans les attributions de l'autorité administrative. Le partage des biens communaux est de ce nombre, car les lois du 10 juin 1793 et du 18 juillet 1837 réservent au conseil municipal le droit de délibérer en cette matière. Que si la loi du 5 avril 1884 ne reproduit pas la disposition des lois précédentes, c'est que la délibération devient réglementaire. D'ailleurs l'art. 815, Civ., ne peut être invoqué dans une matière régie par des lois administratives.

La question est ancienne et la Cour de Paris consacre la solution généralement admise en jurisprudence. Nous faisons remarquer en passant que la loi du 5 avril 1884 a sensiblement modifié les éléments de la controverse. Dans la législation précédente le partage ne pouvait être effectué qu'avec l'autorisation du préfet, et cela permettait à ceux qui repoussaient l'application de l'art. 815, Civ., de faire le raisonnement suivant : puisque le partage n'est possible dans toute hypothèse qu'avec l'autorisation préfectorale, l'exécution d'un jugement ordonnant le partage sera subordon-

Digitized by Google

née à cette autorisation; il sera donc permis à un agent de l'autorité administrative de contrôler les actes d'un tribunal judiciaire et de s'opposer aux décisions émanant de ce tribunal; ce résultat est trop contraire au principe de la séparation des pouvoirs pour qu'il puisse être admis. L'objection n'était peut-être pas irréfutable; mais il est inutile d'insister, puisque aujourd'hui, l'autorisation du préfet n'étant plus nécessaire pour les partages, l'argument ne peut être repris.

On a contesté cependant que l'autorisation préfectorale ne fût plus nécessaire [1]. Il est vrai, a-t-on dit, que l'art. 68 de la loi du 5 avril 1884 ne nomme pas les partages parmi les actes qui ont besoin de l'autorisation du préfet, mais cet article exige ladite autorisation pour les aliénations et échanges; or, le partage est une sorte d'aliénation. Deux réponses ont été faites à ce raisonnement par la presque unanimité de la doctrine : 1° Dans la théorie juridique générale le partage n'est pas considéré comme une aliénation ordinaire, il est soumis à des règles spéciales; 2° En matière d'administration municipale les textes antérieurs à la loi de 1884 distinguaient le partage de l'aliénation et énuméraient formellement les partages parmi les actes soumis à l'autorisation préfectorale; la loi nouvelle n'a pas voulu assimiler les partages aux aliénations, et c'est volontairement qu'elle a omis les premiers dans l'énumération de l'art. 68.

Revenons au système de la Cour de Paris. Son premier argument, s'il est exact, va bien loin. Ne pourrait-on pas, en effet, s'en servir pour décider que l'autorité judiciaire est incompétente pour ordonner l'exécution d'une obligation existant à l'encontre de la commune? Car l'exécution des obligations des communes rentre dans les attributions du Conseil municipal. Le fait que ce Conseil a qualité pour délibérer sur une affaire n'est pas suffisant pour attribuer compétence exclusive en cette affaire à l'autorité administrative. Tout le monde admet bien en principe la compétence des tribunaux judiciaires relativement aux actes de gestion passés dans l'intérêt des communes, et cependant ces actes ne sont-ils pas délibérés par les conseils municipaux?

La Cour de Paris donne un second motif à l'appui de sa déci-

[1] Morgand, *Loi municipale*, t. II, p. 12.

Digitized by Google

sion; c'est que l'art. 815, Civ. est inapplicable aux partages entre communes. On a même généralisé et on a dit que tous les textes et règles du droit civil en matière de partages étaient étrangers aux partages entre communes ou sections de communes [1]. Et pourquoi cela? Parce que ces partages sont régis par des lois spéciales et que le Code civil leur est dès lors inapplicable. L'argument nous touche peu. Nous comprenons que lorsqu'une matière est régie par une législation spéciale complète et suffisant à toutes les questions, on puisse dire qu'il n'y a pas à faire appel aux textes de la loi générale; mais nous n'en sommes pas là, tant s'en faut, pour les partages entre communes. Les lois administratives qui s'en occupent présentent bien des lacunes; les effets du partage entre les copartageants, pour ne citer que cette question, ne sont réglés nulle part. Ne faut-il pas alors recourir aux art. 883 et 884, Civ.? Nous ne croyons pas que l'application de ces articles ait été jamais contestée. Il ne suffit donc pas pour exclure l'art. 815, Civ., de dire qu'il y a des dispositions spéciales pour les partages entre communes, il faut montrer que ces dispositions ont résolu elles-mêmes la question prévue par l'art. 815 ou tout au moins qu'elles ont posé des principes qui ne pourraient se concilier avec l'application de ce texte. Mais cette démonstration est impossible. On dit bien que la loi municipale exige pour un partage entre communes l'accord unanime des conseils municipaux intéressés, mais c'est une affirmation sans fondement. Le seul texte qui ait quelque rapport avec la question est l'art. 162 § 3 de la loi de 1884; or, ce texte ne s'occupe que d'une question de répartition d'attributions. L'art. 161 organise, pour les biens indivis entre communes, une commission syndicale intercommunale à laquelle l'art. 162 donne certains pouvoirs d'administration, et ces pouvoirs sont limités précisément par le § 3 qui donne le droit de délibérer sur le partage aux conseils municipaux et non à la commission intercommunale. Le texte n'ajoute pas que le partage ne sera possible qu'autant que tous les conseils municipaux intéressés y consentiront; c'est là un ordre d'idées tout différent de celui que le rédacteur de l'art. 162 avait en vue et pour lequel ce texte ne fournit aucun

[1] Ducrocq, *Cours de dr. admin.*, n° 1431.

Digitized by Google

renseignement. Il n'y a ni dans la loi de 1884 ni dans aucune autre loi en vigueur aucun texte qui exige le consentement de tous les conseils municipaux intéressés pour les partages entre communes. Il est bon en outre de constater que personne ne refuse d'appliquer l'art. 815, Civ., aux communes lorsqu'elles sont dans l'indivision avec un particulier; tous admettent que ce particulier peut obtenir le partage même si le conseil municipal s'y oppose. Nous croyons aussi que l'art. 815, Civ., s'applique aux communes, même quand elles sont dans l'indivision entre elles; et nous le croyons d'autant mieux que les inconvénients de l'indivision sont les mêmes, quelles que soient les personnes entre lesquelles cette indivision existe. La règle de l'art. 815 est une règle d'organisation de la propriété foncière, elle doit s'appliquer à tout le territoire sans qu'il y ait à se préoccuper de la personne des propriétaires.

D'après quelles bases devra se faire le partage entre la commune et la section séparée? L'arrêt de la Cour de Paris est muet sur ce point; il est cependant de la compétence de l'autorité judiciaire puisqu'il s'agit de mesurer l'étendue du droit de la section; le tribunal judiciaire compétent pour reconnaître l'existence de ce droit, ainsi que nous l'avons vu plus haut, est par suite compétent pour en déterminer la mesure. Il ne faudrait pas se laisser arrêter par l'art. 2, section 5, de la loi du 10 juin 1793, qui attribue juridiction au directoire de département (aujourd'hui au conseil de préfecture) pour toutes les réclamations qui pourraient s'élever à raison du mode de partage des biens communaux. La détermination de la quote-part à laquelle a droit chaque commune ou section de commune n'est pas en effet une difficulté relative au mode de partage; l'art. 4, section 5, de la loi précitée séparait lui-même les deux sortes de question et ne donnait que la deuxième à l'autorité administrative, réservant la première à la juridiction ordinaire qui était alors exercée par des arbitres.

Pour fixer les droits respectifs des communes les tribunaux devront suivre les principes tracés par les avis du Conseil d'État en date du 20 juillet 1807 et du 26 avril 1808, tous deux insérés au Bulletin des lois et investis par suite de l'autorité de la loi. Les partages doivent être faits par feux, sans avoir égard à l'étendue

Digitized by Google

du territoire, à moins qu'il n'y ait des titres réguliers indiquant un autre procédé.

II. — *Constitution et fonctionnement de l'autorité municipale.*

1. —L'interprétation des art. 11 et 12 de la loi du 5 août 1884 relatifs au sectionnement électoral des communes a donné lieu en 1887 à un grand nombre de décisions dont nous signalons les principales.

(*a*) Dans les communes dont la population agglomérée ne dépasse pas 10.000 h., le nombre des sections ne peut être supérieur à celui des agglomérations séparées. Ainsi dans la commune de Barbentane, qui n'a que deux agglomérations séparées, le Conseil général des Bouches-du-Rhône n'a pu faire trois sections qu'en violant la loi : sa décision a donc été annulée par un décret du 19 novembre 1887 [1]. Cette solution, qui avait déjà été consacrée par un décret de 14 novembre 1884 (commune de Monteux), peut être contestée, car elle ne découle pas formellement du texte. Nous croyons cependant qu'elle est conforme à l'esprit de la loi.

Sans doute les circonstances peuvent faire que dans une même agglomération il y ait des quartiers ayant des intérêts différents; mais le législateur par crainte des abus n'a pas voulu qu'on pût dans les petites communes tenir compte de cette différence d'intérêts qui ne se manifeste pas par des signes précis et incontestables; c'est pour cela qu'il n'a pas autorisé le sectionnement des agglomérations de moins de 10.000 h. quand il n'y a qu'une seule agglomération dans la commune. Comment le fait qu'il y aurait deux ou trois agglomérations distinctes pourrait-il modifier la règle dont les motifs subsistent avec plus de force encore? Dans l'intérêt de la loyauté des élections, la loi ne permet le sectionnement qu'en faveur des agglomérations séparées.

(*b*) La ligne séparative des sections doit respecter la limite naturelle des agglomérations. C'est la première fois que le Conseil d'État exige cette condition et son opinion paraît bien arrêtée, car elle a été consacrée par trois décrets en date du 19 novembre 1887 annulant trois décisions du Conseil général de l'Hérault

[1] *Revue gén. d'admin.*, janvier 1888, p. 47.

Digitized by Google

relativement aux sectionnements des communes de Saint-André de Sangonis, de Vailhan et de Saint-Bauzille-de-Putois [1]. Ces décrets sont fondés sur cette idée, qui nous paraît très juste, à savoir que, puisque la loi ne permet pas le fractionnement du territoire d'une agglomération quand il n'y en a qu'une dans la commune, il faut aussi le prohiber quand il y en a plusieurs; il faut dans tous les cas, pour obéir au vœu du texte, que l'agglomération se trouve toute entière, avec tout son territoire, dans la même section électorale.

(*c*) On sait que le législateur de 1884 a refusé de donner aux électeurs un recours contentieux contre les décisions des conseils généraux en matière de sectionnement électoral. Les motifs de ce refus sont bien peu solides. Il a été dit, par exemple, et c'est une considération qui paraît avoir eu une grande influence sur le vote, qu'il était contraire aux principes de notre droit public d'accorder à un tribunal administratif un contrôle sur les actes des assemblées délibérantes. On oubliait d'une part qu'on reconnaissait au conseil de préfecture, saisi d'une demande en nullité d'une élection, le droit d'apprécier la légalité du sectionnement, en vertu duquel cette élection avait été faite, et qu'on admettait ainsi non seulement le contrôle du Conseil d'État, mais encore celui du conseil de préfecture. On oubliait en deuxième lieu qu'il ne s'agissait pas de faire apprécier par le Conseil d'État l'opportunité des actes des conseils généraux, mais seulement leur légalité; et cette attribution est si peu contraire aux principes de notre droit public que c'est sur elle qu'est fondée toute la théorie du recours pour excès de pouvoir. Quoi qu'il en soit le parlement a manifesté sa volonté de refuser tout recours contentieux aux particuliers et la jurisprudence s'est inclinée. On a cru satisfaire à tous les besoins en donnant un recours administratif aux préfets; mais ce recours a été soumis à un délai assez bref et il ne peut pas toujours être employé. Les circonstances ont amené dans le département de l'Aude une situation irrégulière qui pourrait se reproduire ailleurs et qui montre bien les inconvénients pratiques de notre droit positif en cette matière.

Le conseil général de l'Aude avait en 1885 sectionné la com-

[1] *Rev. gén. d'admin.*, janv. 1888, p. 47.

Digitized by Google

mune de Mazerolles. La décision fut annulée par décret du 10 novembre 1885. Des élections avaient été faites en vertu de ce sectionnement; la nullité en fut prononcée par un arrêt contentieux du 11 juin 1886 qui se fonde sur l'irrégularité du sectionnement[1]. Le conseil général rétablit cependant dans sa session d'août 1886 ce sectionnement qui à deux reprises avait été jugé illégal, et le préfet négligea de se pourvoir en temps utile contre ce rétablissement. De nouvelles élections ayant été nécessaires, elles ont été encore annulées par un arrêt contentieux du 6 août 1887, toujours pour irrégularité du sectionnement[2]. Mais ces annulations successives n'ont pas donné un conseil municipal à la commune de Mazerolles. Le préfet de l'Aude, pendant la session d'août 1887, a réclamé au conseil général la modification du sectionnement et l'assemblée départementale l'a refusée parce que l'art. 12 de la loi de 1884 exige que les demandes en matière de sectionnement soient formées au plus tard pendant la session d'avril. Le préfet s'est pourvu en nullité contre cette délibération qu'il considérait comme établissant elle-même le sectionnement irrégulier; mais dans un avis en date du 27 octobre 1887[3], le Conseil d'État a refusé d'approuver le projet d'annulation qui lui était soumis et qui dès lors a été abandonné. Au point de vue juridique l'opinion du Conseil d'État nous paraît irréprochable. Le sectionnement, en effet, a été voté par l'assemblée départementale en août 1886 et contre cette délibération aucun recours n'est plus possible; la délibération d'août 1886 ne fait que rejeter la demande du préfet à raison de son irrégularité, et comme cette irrégularité, n'est pas douteuse, la solution est on ne peut plus légale.

La conclusion de ceci est que l'administration n'avait aucun moyen à sa disposition pour rétablir l'ordre légal dans la situation électorale de la commune de Mazerolles, qui a été condamnée à faire des élections nulles jusqu'en août 1888.

2. — Lorsque l'élection d'un conseiller municipal est annulée par le conseil de préfecture et qu'un pourvoi est formé devant le

[1] Rec. 1886, p. 523.

[2] Rec. 1887, p. 662.

[3] *Rev. gén. d'admin.*, janv. 1888, p. 50.

Digitized by Google

Conseil d'État, l'art. 40, § 7, de la loi municipale décide que le conseiller contesté restera en fonction jusqu'à la décision du Conseil d'État. L'application de cette disposition a, dans la commune de Kerlouan (Finistère), donné lieu à une difficulté imprévue. En 1888, il y avait quatre conseillers à élire dans cette commune. Au premier tour de scrutin le bureau proclama élus les quatre candidats qui avaient obtenu le plus de voix, bien que deux d'entre eux n'eussent pas obtenu la majorité absolue. Le préfet déféra d'office au conseil de préfecture l'élection de ces deux conseillers. Sans attendre la décision du conseil de préfecture, la municipalité de Kerlouan fit procéder de sa propre autorité à un deuxième tour de scrutin et deux nouveaux élus furent proclamés. Nouvelle protestation du préfet contre cette deuxième élection qui a été annulée comme la première. Les quatre élus se pourvoient alors au Conseil d'État et pendant l'instruction de leur affaire ils prétendent tous siéger provisoirement au conseil municipal. Nous croyons que cette prétention est fondée, car ils ont été proclamés tous les quatre et le texte accorde l'exercice provisoire de la fonction à tout conseiller proclamé. Il est vrai que le conseil municipal va alors comprendre deux membres de plus que son effectif légal; mais c'est la conséquence de l'application d'une disposition formelle de la loi; il n'y a dans notre espèce aucun motif de préférer au point de vue de l'exercice provisoire les premiers élus aux derniers ou réciproquement; tous réunissent la condition indiquée par le § 7 de l'art. 40, ils peuvent donc tous se prévaloir de ce paragraphe.

Le Conseil d'État, à qui cette question spéciale a été soumise en même temps que la question principale de la validité de chaque élection, a statué sur la question principale en annulant les deux élections, mais il a refusé de se prononcer sur la question de l'exercice provisoire (arrêt du 16 mars 1888)[1], par ce motif que cette question n'appartient pas au contentieux administratif. Quoique ce motif paraisse général, nous croyons qu'il n'y a là qu'une décision d'espèce qui s'explique par les circonstances exceptionnelles dans lesquelles elle a été rendue. Le Conseil avait en effet à se prononcer sur le droit à l'exercice provi-

[1] Rec. 1888, p. 277.

Digitized by Google

soire en même temps qu'il statuait sur le fond, de sorte que son arrêt relativement à l'exercice provisoire n'avait plus aucun intérêt pour l'avenir et ne pouvait avoir d'effet que sur le passé; on n'aurait pu s'en servir que pour contester la validité des délibérations du conseil municipal prises avec ou sans le concours des quatre prétendants à l'exercice provisoire; et le Conseil a sans doute pensé qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier en premier ressort, même par cette voie indirecte, la régularité des délibérations d'un conseil municipal, la loi ayant pour cette question attribué compétence aux préfets (art. 65 et 66, loi du 5 avril 1884).

Mais si la question se présentait dans d'autres circonstances, de telle manière que cette considération ne pût plus peser sur la décision du Conseil d'État, nous croyons qu'il se déclarerait compétent, car la matière est vraiment du domaine du contentieux administratif et il serait nécessairement juge sinon en 1er ressort, au moins sur appel. Il s'agit en somme de se prononcer sur l'existence d'un droit que des citoyens prétendent tenir de la loi; c'est bien là l'office d'un juge et non d'un administrateur. Ajoutons que la décision doit influer sur la composition organique d'une assemblée délibérante et qu'il est par conséquent contraire à tous les principes soit d'abandonner cette décision à la discrétion d'un administrateur, soit de faire intervenir l'autorité judiciaire dont le contrôle n'a pas à s'exercer sur la composition des corps administratifs.

La seule controverse possible porte sur le point de savoir si la question pourrait être portée d'emblée devant le Conseil d'État ou s'il faudrait s'adresser en 1er ressort à une autre juridiction administrative; mais l'examen de cette controverse excéderait les limites de notre examen doctrinal.

3. — Tout membre du conseil municipal qui, sans motif légitime, a manqué à trois convocations successives peut être déclaré démissionnaire par le préfet, sauf recours devant le conseil de préfecture, puis en appel devant le Conseil d'État (loi de 1884 art. 60). Le recours au Conseil d'État est-il soumis aux règles générales de la procédure, ou bien doit-il être formé et instruit conformément aux art. 38 à 40 de la loi de 1884 ? Ces articles organisent une procédure spéciale qui se distingue surtout

Digitized by Google

par les règles suivantes : Le délai du recours n'est que d'un mois. — Le pourvoi doit être déposé à la préfecture ou à la sous-préfecture et non au secrétariat du Conseil. — Il y a dispense du ministère d'un avocat au Conseil.

C'est principalement pour les réclamations contre les opérations des élections municipales que cette procédure a été organisée; mais elle s'applique aussi d'après l'art. 36 de la loi à tous les cas d'exclusion ou d'incompatibilité pour une cause survenue postérieurement à l'élection. Notre hypothèse ne constitue-t-elle pas un de ces cas d'exclusion pour une cause postérieure à l'élection? Le Conseil d'État a admis la négative dans deux arrêts en date du 11 novembre 1887 [1] et du 17 février 1888 [2]. Les deux hypothèses de l'art. 36 et de l'art. 60 sont bien différentes. Dans la première il est question d'un conseiller municipal qui après son élection accepte une fonction incompatible avec l'exercice de son mandat ou qui tombe dans une situation qui le rend inéligible; dans la deuxième il s'agit d'un conseiller municipal qui néglige d'assister aux sessions; les deux règles sont donc absolument distinctes et on ne peut rien conclure de l'une à l'autre. L'art. 36 se réfère expressément à la procédure des art. 38 à 40; mais l'art. 60 ne le fait pas, il reste donc sous l'empire de la procédure ordinaire.

Le raisonnement est rigoureusement logique; nous conservons cependant quelques doutes. Au fond les deux hypothèses des art. 36 et 60 ont bien plus de ressemblances que de différences; ce sont dans les deux cas des conseillers municipaux qui sont déclarés démissionnaires d'office; sans doute la cause de la démission n'est pas la même dans les deux cas; mais l'autorité qui déclare la démission est la même, les tribunaux qui statuent sur les recours sont les mêmes, le délai pour saisir le tribunal du premier ressort est le même; et il nous paraîtrait tout naturel que la procédure toute entière fût la même, avec d'autant plus de raison que le texte après tout ne s'explique pas formellement sur la question. Le Conseil d'État écarte les art. 38 à 40 par un argument *a contrario;* nous croyons qu'un argument *a simili*

[1] Rec. 1887, p. 700.
[2] Rec. 1888, p. 154.

Digitized by Google

serait mieux dans la nature des choses et plus conforme à l'intention probable du législateur.

4. — La loi exige que les convocations au conseil municipal soient adressées à chaque conseiller trois jours francs au moins avant celui de la réunion, sauf autorisation du préfet ou du sous-préfet pour abréger ce délai. La règle ne s'applique qu'à la convocation pour la première séance d'une session; il n'y a plus ensuite à en tenir compte pour les séances suivantes, sinon il faudrait admettre que le conseil ne pourrait siéger que de quatre jours en quatre jours, ce qui ne faciliterait guère la marche des affaires municipales, sans aucune utilité d'ailleurs à aucun point de vue. Le préfet de Seine-et-Oise cependant, dans un arrêté du 14 septembre 1886, avait appliqué aux séances le délai de trois jours francs et avait annulé une délibération du conseil municipal de Beaumont-sur-Oise prise dans les circonstances suivantes. Les membres de ce conseil avaient été convoqués par le maire pour le 15 juin; la convocation était régulière et la majorité des conseillers assista à la séance, mais on n'eut pas le temps de terminer les affaires courantes et on renvoya au lendemain; le maire eut d'ailleurs la précaution de faire avertir individuellement de ce renvoi les conseillers qui étaient absents au moment où la décision en avait été prise. C'est de la délibération tenue le lendemain dans ces conditions que le préfet avait prononcé la nullité. Mais le Conseil d'État a annulé l'arrêté préfectoral en disant avec raison que le délai fixé par la loi pour les convocations ne s'applique qu'à l'ouverture de la session, une fois la session ouverte et pendant tout le cours de cette session le délai n'est plus applicable aux séances. (Conseil d'État, 23 mars 1888)[1].

5. — Lorsque le délai de trois jours francs est applicable et qu'on ne l'a pas observé, la délibération est nulle en principe. Mais si en fait tous les conseillers sont présents et qu'aucun ne réclame ni ne fasse de réserve, la nullité ne sera-t-elle pas couverte?

Il semble alors prouvé que les intérêts que la loi a voulu protéger n'ont pas souffert de l'abréviation du délai. L'arrêt du 3 février 1888 [2] n'admet cependant aucun adoucissement à la

[1] Rec. 1888, p. 293.
[2] Rec. 1888, p. 120.

Digitized by Google

rigueur du principe. Il s'agissait dans l'espèce d'une réunion pour élire le maire, et l'arrêt est motivé sur cette considération que l'irrégularité du délai de convocation a pu avoir pour effet de modifier le résultat du scrutin. Ce motif n'est évidemment pas spécial aux matières électorales, et quel que soit l'objet pour lequel le conseil municipal soit convoqué, on pourra toujours dire, au cas de convocation irrégulière, que cette irrégularité a pu avoir pour effet de modifier le résultat du vote. Nous trouvons la solution bien rigoureuse.

6. — Une difficulté analogue et où la rigueur l'a encore emporté s'est présentée dans la commune de la Baie-Mahault (Guadeloupe) (Cons. d'Ét., 16 mars 1888)[1]. Les membres du Conseil municipal avaient été convoqués pour l'élection du maire et du deuxième adjoint; la réunion eut lieu; le premier adjoint fut élu maire et deux conseillers furent élus premier et deuxième adjoints; au total donc le Conseil municipal avait élu un maire, un premier et un deuxième adjoints, quoiqu'il n'eût été convoqué que pour un maire et un deuxième adjoint. Il était établi en fait que tous les membres du Conseil assistaient à la séance et qu'aucun n'avait réclamé. Le Conseil d'État a cependant jugé que la délibération était nulle en partie, et il a annulé l'élection du deuxième adjoint. La décision nous paraît peu logique, car l'élection du deuxième adjoint est régulière puisqu'elle était mentionnée dans la convocation; s'il y a une partie de la délibération qui puisse être considérée comme irrégulière, c'est l'élection du premier adjoint dont la convocation ne parlait pas; c'était donc cela ou rien qu'il fallait annuler, à moins que le Conseil d'État n'admette que la mention du rang de l'adjoint n'est pas exigée dans les convocations et n'y produit aucun effet quand elle s'y trouve. Mais la proposition aurait besoin de justification; l'art. 77 de la loi municipale dit : « La convocation contiendra la mention *spéciale* de l'élection », et puisqu'on veut une interprétation rigoureuse, il faut, dans une commune où il y a plusieurs adjoints, exiger qu'on précise pour quel adjoint il s'agit de voter, sinon la mention n'est pas aussi spéciale qu'elle pourrait l'être.

7. — Le nombre des adjoints augmente avec la population,

[1] Rec. 1888, p. 278.

Digitized by Google

mais faut-il compter la population *totale* ou seulement la population *normale?*

Pour bien comprendre la position même de la question, il importe de savoir que les décrets qui ordonnent le recensement et qui en constatent les résultats ont créé un certain nombre de catégories d'habitants qui sont considérés comme ne faisant point partie de la population normale. Ces catégories ont varié ; le décret du 5 avril 1886 qui a ordonné le dernier recensement en énumérait huit dont les principales sont : les corps de troupe, — les prisonniers, — les habitants des dépôts de mendicité, des asiles et des hospices, — les élèves des pensionnats, — les membres des communautés religieuses, etc...[1]. Le total des habitants compris dans ces catégories et qui ne sont pas comptés pour le calcul de la population normale, atteint quelquefois un chiffre fort respectable. Ainsi, à Rennes, pour une population normale de 56.271 habitants, on arrive, en additionnant les diverses catégories, à un total de 10.068 personnes. Si on compte ces catégories, la population est de 66.000 habitants et la Ville a droit à quatre adjoints ; si on ne les compte pas, il ne reste que 56.000 habitants, la commune n'a droit qu'à trois adjoints. C'est ce dernier nombre que le Conseil d'État a adopté dans son arrêt du 20 janvier 1888[2]. Cet arrêt se borne à affirmer qu'il ne faut compter que la population normale. Mais nous faisons remarquer que l'art. 73 de la loi du 5 avril 1884 fixe le nombre des adjoints d'après le nombre des habitants sans aucune réserve des habitants non normaux. La distinction entre la population normale et celle qui ne le serait pas n'est visée ni indiquée dans aucun texte législatif ; il n'en existe aucune définition légale ; en l'acceptant, on donne au Gouvernement le pouvoir de modifier les droits des communes en matière d'organisation municipale et d'électorat sénatorial. C'est le Gouvernement, en effet, qui crée les catégories d'habitants à déduire de la population totale pour avoir la population normale ; en augmentant ou en diminuant le nombre de ces catégories, il peut donc à son gré augmenter ou diminuer la population normale des communes et, par suite, le nombre des con-

[1] Béquet, *Répertoire du dr. admin.*, v° *Commune*, n° 442.

[2] Rec. 1888, p. 59.

Digitized by Google

seillers municipaux, des adjoints et des délégués aux élections sénatoriales. Ces catégories n'étant pas également réparties sur tout le territoire, le Gouvernement pourra même, pour peu que les circonstances s'y prêtent, introduire entre les communes des inégalités que le législateur n'avait pas prévues. Ce sont là des inconvénients graves résultant du système de la population normale, et nous ne voyons pas quelle utilité il peut présenter pour compenser ces inconvénients. La jurisprudence paraît cependant définitivement fixée en faveur de ce système. Nous ne connaissons pas beaucoup de décisions relatives aux adjoints, mais il y en a quelques-unes pour les conseillers municipaux; et l'on admet d'ailleurs qu'il faut appliquer aux adjoints le même système de calcul qu'aux conseillers municipaux. Une solution contraire a cependant été soutenue, et, pour montrer que les deux cas sont différents, on a présenté les considérations suivantes : Les conseillers municipaux n'ont pas d'autre mission que de représenter les intérêts locaux; or, ces catégories déduites de la population normale ne se composent que de personnes qui n'ont aucun intérêt dans la commune, ce sont des passants ou des indigents, il n'y a donc pas à les considérer comme augmentant le nombre des intéressés que le conseil municipal doit représenter. Mais pour les adjoints, c'est une autre affaire; ils exercent en effet leurs fonctions à l'égard de la population flottante avec laquelle ils sont en rapport soit pour le service de l'état civil, soit pour le service de la police judiciaire ou de la police municipale; le chiffre de la population flottante n'est donc pas indifférent pour eux; il faut donc, en ce qui les concerne, le faire entrer en ligne de compte. Ce raisonnement nous paraît avoir une certaine valeur; mais il n'a pas convaincu le Conseil d'État.

8. — Lorsque, en fait, un conseil municipal comprend un nombre de membres supérieur à celui que la loi lui attribue, quel est l'effet de cette composition irrégulière sur les délibérations?

On serait tenté, au premier abord, d'appliquer ici l'art. 63-2° de la loi municipale, car ces délibérations sont prises en violation de la loi d'organisation du conseil, et de décider par conséquent qu'elles sont nulles de droit. Mais on aboutirait alors à une situa-

Digitized by Google

tion étrange; on n'aurait aucun moyen de réduire le Conseil municipal à son nombre légal et l'administration régulière deviendrait juridiquement impossible. Le Gouvernement pourrait, il est vrai, dissoudre le conseil et faire procéder à de nouvelles élections dans lesquelles on tiendrait compte du maximum légal ; mais la dissolution est un moyen extraordinaire qui perdrait tout son effet moral si on en faisait un usage fréquent et si on la transformait en procédé normal d'administration; il faut la réserver pour les cas graves. On peut ajouter que les réclamations concernant la composition des conseils municipaux doivent être formées dans les délais déterminés par la législation électorale et que, ces délais expirés, aucune demande n'est plus recevable tendant directement ou indirectement à mettre en question le résultat des élections. Ces considérations ont décidé le Conseil d'État à refuser dans notre hypothèse l'application de l'art. 63 (arrêt du 10 juin 1887) [1].

En 1885 il avait eu à résoudre une question analogue. Des conseils municipaux composés d'un nombre de membres supérieur à celui qui leur était attribué par la population de leur commune avaient élu pour les élections sénatoriales un nombre de délégués calculé d'après leur composition irrégulière et supérieur par suite à celui qu'ils auraient eu à nommer s'ils avaient été régulièrement constitués. Le Conseil d'État annula ces élections par 3 arrêts du 30 janvier 1885 [2] et il semble que cette solution est contradictoire avec celle que nous venons d'examiner; nous croyons qu'au fond toutes ces décisions peuvent fort bien se concilier. En 1885 il y avait dans les délibérations qui étaient soumises au Conseil d'État deux irrégularités distinctes: 1° Les conseils municipaux étaient irrégulièrement composés; 2° ils avaient nommé plus de délégués qu'il ne fallait. C'est cette deuxième irrégularité qui a entraîné la nullité; elle avait en effet pour conséquence de détruire l'équilibre électoral établi par la loi organisatrice du Sénat, puisqu'elle donnait à des conseils municipaux dans l'élection sénatoriale un nombre de voix plus considérable que celui sur lequel la loi avait compté,

[1] Dall. 88. 3. 109.
[2] Dall. 86. 3. 76.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

les arrêts de 1885 ne contredisent donc pas celui de 1887.

9. — Lorsqu'une délibération d'un conseil municipal est nulle de plein droit, la nullité peut en être demandée par toute personne intéressée (art. 65, Loi du 5 avril 1884); mais faut-il considérer comme suffisamment intéressé un contribuable de la commune qui, en dehors de cette qualité de contribuable, ne justifie d'aucun intérêt personnel et direct? Un arrêt du Conseil d'État du 2 mars 1888 [1] a rejeté cette solution, par cette considération que la comparaison des art. 65 et 66 démontre que le législateur n'a voulu accorder aux contribuables le droit de demander la nullité des délibérations des conseils municipaux que dans l'hypothèse de l'art. 64 et non dans celle de l'art. 63 qui est la nôtre.

III. — *Voirie communale.*

1. — La législation de la voirie communale est fort incomplète; sur bien des points l'interprète est embarrassé faute de textes ou de principes nets et précis. C'est une question assez délicate, notamment, que de déterminer l'étendue exacte de la voirie urbaine. Qu'est-ce au juste qu'une rue ou place publique, et quels sont les caractères qui distinguent les voies publiques des autres propriétés communales qui ont en apparence tout au moins la même destination?

La jurisprudence admet que le classement n'est pas nécessaire et que le caractère légal de rue ou de place publique peut être conféré par l'usage. Mais à quel signe se reconnaîtra cet usage? La question peut se présenter en pratique dans deux cas différents; il y a en effet intérêt à distinguer d'une part les rues d'avec les chemins ruraux et en deuxième lieu les places publiques d'avec les promenades, champs de foire, jardins publics et tous autres emplacements qui, quoique affectés à l'usage public, n'ont pas le caractère de voies publiques. Nous n'avons pas l'intention d'insister sur la première distinction au sujet de laquelle nous n'avons dans la présente année relevé aucune décision; le Recueil des arrêts du Conseil d'État nous fournit au contraire deux arrêts sur la situation des promenades et des places publiques.

[1] Rec. 1888, p. 212.

Digitized by Google

On admet assez généralement en doctrine que les promenades, les champs de foire et les jardins publics ne constituent pas nécessairement des voies publiques. Quelques-uns de ces emplacements peuvent sans doute être classés parmi les éléments de la voirie urbaine; mais il en est d'autres auquel le caractère de voie publique ne peut absolument pas s'appliquer. Et la distinction a une utilité pratique au point de vue des droits des propriétaires riverains; sur les emplacements de la deuxième catégorie ces propriétaires n'ont aucun droit; ils ont au contraire sur les emplacements qui sont des voies publiques les droits de vue, d'accès et d'égout qui appartiennent à tous les riverains d'une voie publique. Mais comment faire cette distinction?

Il faut d'abord vérifier s'il n'existe pas un acte régulier de classement comprenant la promenade en question parmi les places et rues de la ville. Si cet acte existe, la promenade est une voie publique, quelle que soit sa situation topographique (Conseil d'État 20 avril 1888 [1]). Il s'agissait dans l'espèce jugée par cet arrêt d'un emplacement situé entre deux rues en contre-haut de 70 centimètres environ sur le sol de ces rues avec lesquelles la communication était établie par des escaliers et par un plan incliné. Cet emplacement servait de marché aux bestiaux. Quoiqu'il fût parfaitement distinct des voies publiques auxquelles il était contigu et qu'à raison de la différence de niveau il ne pût être considéré comme un développement de ces voies, il avait été classé comme place publique dans un plan général d'alignement de la ville approuvé par le préfet. Cela a suffi au Conseil d'État pour décider que cet emplacement était une véritable voie publique et que les riverains y avaient un droit d'accès que l'autorité municipale ne pouvait les empêcher d'exercer.

Lorsqu'il n'y a pas de classement, le caractère de la promenade dépend de sa destination; elle peut donc même alors être une voie publique si elle en a la destination. Cette doctrine est nettement affirmée dans l'arrêt du 11 mars 1887 [2], où le Conseil d'État dénie à un emplacement le caractère de voie publique par cet unique motif qu'il résultait de l'instruction que ledit emplacement

[1] Rec. 1888, p. 355.
[2] Rec. 1887, p. 211.

Digitized by Google

n'avait pas la destination requise. Le difficile est de dire en quoi consiste cette destination. Il est constaté dans l'arrêt, que nous venons de citer, que l'emplacement servait de lieu de promenade aux habitants et était employé pour les fêtes ainsi que pour la tenue des foires et des marchés. Ces faits ne suffisent donc pas. Que faut-il de plus? Nous ne savons et nous avouons ne pas comprendre comment un lieu destiné à la promenade des habitants peut n'avoir pas la destination d'une voie publique.

Quelle sera la situation juridique de ces promenades qui ne feront pas partie de la voirie? L'arrêt ci-dessus se borne à dire que ces promenades ne seront pas soumises aux droits qui appartiennent aux propriétaires riverains des voies publiques. Le détail a son importance, mais ce n'est qu'un détail. Ces promenades font-elles partie du domaine public ou du domaine privé? Si l'on opte en faveur du domaine privé, nous n'avons aucune objection théorique à présenter. Mais dans le cas contraire nous demanderions dans quelle catégorie du domaine public on veut les ranger.

2. — Les riverains d'une voie publique ont le droit de faire écouler sur cette voie non seulement leurs eaux pluviales, mais encore leurs eaux ménagères. L'art. 681, Civ., ne parle, il est vrai, que des eaux pluviales, mais l'administration n'a jamais contesté le droit d'écoulement des eaux ménagères, que certains règlements de voirie reconnaissent même expressément. La jurisprudence nous offre en 1887 deux décisions sur la question : un arrêt du Conseil d'État du 11 février 1887 [1] et un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1887 [2], statuant à peu près dans les mêmes circonstances. Dans les deux cas c'était un propriétaire inférieur qui réclamait contre l'envahissement des eaux ménagères qu'un propriétaire supérieur laissait écouler sur la voie publique, et le Conseil d'État, comme la Cour de cassation, a décidé que le propriétaire supérieur en écoulant ses eaux même ménagères sur la voie publique exerce un droit et qu'il ne pouvait être responsable de la direction que la commune propriétaire de la voie publique donnait ensuite à ces eaux; le pro-

[1] Rec. 1887, p. 147.
[2] Dall. 87. 1. 448.

Digitized by Google

priétaire inférieur doit adresser ses réclamations à la commune seule responsable.

3. — L'administration peut réglementer l'exercice du droit d'égout qui appartient aux riverains des rues. Un de ces règlements est le décret du 26 mars 1852, applicable à son origine aux seules rues de Paris, mais qui a été étendu postérieurement à la plupart des grandes villes. L'art. 6 de ce décret est ainsi conçu : « Toute construction nouvelle dans une rue pourvue d'égout devra être disposée de manière à y conduire ses eaux pluviales et ménagères. La même disposition sera prévue pour toute maison ancienne en cas de grosses réparations et en tout cas avant dix ans. » Les derniers mots n'ont pas un sens très net. On comprend bien que le législateur accorde aux propriétaires des maisons antérieures à la construction de l'égout un délai de dix ans pour établir le branchement qui reliera la maison à l'égout, mais le texte n'indique pas clairement le point de départ de ces dix ans. Le tribunal de simple police du Havre avait estimé que les dix ans commençaient à courir du jour de la construction de l'égout. Le texte se prête à ce système ; mais son application entraînerait des lenteurs considérables dans l'œuvre d'assainissement des villes et l'on ne comprendrait pas trop la raison d'être de ce long délai.

La Cour de cassation, par arrêt du 16 juin 1888 [1], a cassé la décision du juge de paix du Havre ; elle décide que le point de départ des dix ans est au jour où le décret a été rendu applicable à la ville où la question se pose ; de sorte que si, ces dix ans écoulés, un égout est construit dans une rue, les propriétaires des maisons de cette rue doivent immédiatement relier leurs égouts privés à l'égout commun. Le texte n'est pas non plus contraire à cette interprétation ; au point de vue pratique, elle nous paraît bien préférable à celle qui avait été acceptée par le juge du Havre.

4. — Lorsqu'une traverse privée est abandonnée par son propriétaire à la commune avec une convention réglant les conditions et les effets de cette remise, le Conseil d'État voit dans cette convention un contrat de travaux publics et attribue compétence

[1] *Rev. gén. d'admin*, août 1888, p. 454.

Digitized by Google

au conseil de préfecture pour les difficultés d'interprétation ou d'exécution qu'elle peut susciter (arrêt du 27 mai 1887) [1].

C'est l'application de l'idée que l'autorité administrative est compétente pour statuer sur l'engagement pris par un particulier de contribuer à l'exécution d'un travail public même lorsque cet engagement consiste dans la promesse d'une cession de terrain. Nous rappelons que dans ce cas la Cour de cassation affirme la compétence de l'autorité judiciaire. Nous avons discuté cette affirmation dans un précédent examen doctrinal [2], et nous ne voulons pas revenir sur la question. Qu'il nous soit permis cependant de signaler une décision du Tribunal des conflits du 30 juillet 1887 [3], qui donne gain de cause à la doctrine du Conseil d'État. Le Tribunal des conflits s'appuie surtout sur la considération suivante : l'engagement souscrit par un particulier de concourir à l'exécution d'un travail public appartient certainement à la compétence administrative lorsque cet engagement a pour objet le paiement d'une somme d'argent, personne alors ne conteste le caractère administratif de l'affaire; or, le changement de l'objet d'un engagement ne peut pas changer la nature de cet engagement, qui restera par conséquent un contrat administratif même quand il aura pour objet une cession de terrain.

IV. — *Taxes municipales.*

1. — Les communes peuvent-elles établir sur les viandes dépecées, provenant de l'extérieur, une taxe en dehors de la taxe d'octroi?

La question offre de l'intérêt pour les communes qui n'ont pas d'octroi et qui, ayant établi un abattoir public, font payer un droit d'abatage aux bouchers établis dans la ville; si elles désirent protéger ces bouchers contre la concurrence des forains, ne peuvent-elles pas imposer sur les viandes importées par ces forains un droit égal au droit d'abatage, afin de rétablir l'égalité de situation entre les deux catégories d'industriels?

Il a été jugé que la taxe d'abatage n'est que le prix du service

[1] Dall. 88. 3. 96.

[2] *Rev. crit.*, février 1888, p. 93.

[3] Rec. 1887, p. 617.

Digitized by Google

rendu aux bouchers par la commune et que par suite elle ne peut être imposée qu'aux industriels qui se servent de l'abattoir municipal [1]. Cette solution, il est vrai, a été donnée sous l'empire de la loi du 18 juillet 1837; mais le motif subsiste encore dans la loi du 5 avril 1884. La Cour de cassation en effet s'appuyait sur cette considération que l'art. 31 de la loi de 1837 classait la taxe d'abatage parmi les droits de place et qu'il donnait par suite à cette taxe le caractère qui appartient aux autres droits de place; or ceux-ci sont incontestablement des prix de location. L'article 133-6° de la loi de 1884 reproduisant la classification de l'art. 31 de la loi de 1837, la même conclusion doit être admise. Nous dirons donc que l'autorité municipale ne peut pas faire payer la taxe d'abatage aux viandes dépecées introduites dans la commune et que toute décision prise dans ce but serait illégale et devrait être tenue pour non avenue par le tribunal judiciaire saisi des réclamations des contribuables.

Mais si le maire ne peut pas directement et franchement imposer la taxe d'abatage sur les bestiaux tués hors de la commune, ne peut-il pas au moins user contre ces bestiaux du droit qui lui appartient de veiller à la salubrité publique, soit en prohibant leur introduction dans la ville, soit en établissant sur eux une taxe motivée par les frais qu'exige la vérification de leur état? Un avis du Conseil d'État du 2 mai 1888 [2] se prononce pour la négative par des motifs qui nous paraissent décisifs. Quelque étendus que soient les pouvoirs des maires pour assurer la salubrité des viandes livrées à la consommation, il n'est pas possible d'admettre que ces pouvoirs puissent aller jusqu'à lui permettre d'interdire, par voie de mesure générale, l'importation de toute viande saine ou non saine provenant de l'extérieur. Quant à l'établissement d'une taxe de vérification, aucun texte ne l'autorise; on ne trouve, ni dans la loi municipale, ni dans aucune autre loi, aucun article qui permette d'imposer un droit quelconque sur les viandes dépecées introduites dans la commune. Il faut d'ailleurs observer que le maire ne pourrait, sans commettre

[1] Cass., 19 avril 1875. — Béquet, *Répert. de dr. adm.*, v° *Commune*, n° 3153.

[2] *Rev. gén. d'admin.*, août 1888, p. 462.

Digitized by Google

un détournement de pouvoirs, user de l'autorité qui lui est confiée dans un intérêt de police à l'effet d'assurer un monopole à l'abattoir municipal ou de protéger les bouchers urbains contre la concurrence des forains. Pour combattre cette concurrence, le seul moyen légitime c'est de fixer à un taux modique les droits perçus à l'abattoir municipal de manière à ce qu'ils ne dépassent pas les frais auxquels les forains doivent faire face pour l'abatage et le transport de leurs bestiaux. Nous rappelons que la commune n'est pas absolument libre d'établir les taxes qui lui plaisent; et notamment en ce qui concerne la taxe d'abatage son établissement et son tarif doivent être autorisés et approuvés par le préfet (art. 68-7°, loi du 5 avril 1884). Il sera donc facile à l'autorité supérieure de maintenir les communes dans l'observation de la loi.

Mais celles-ci ne pourront-elles arriver à leur fin en se servant de la taxe d'octroi sur laquelle précisément, puisqu'il s'agit de la viande de boucherie, leurs droits sont très étendus, de telle sorte que le plus souvent les conseils municipaux auront à statuer par voie de délibération réglementaire (art. 139, loi de 1884). Ces conseils n'auront qu'à imposer sur les viandes apportées du dehors une taxe égale au total des droits d'octroi et d'abatage auxquels sont soumis les bestiaux tués dans la ville.

L'avis ci-dessus cité du Conseil d'État n'admet pas la légalité d'un pareil procédé. Le seul argument que l'on puisse présenter en faveur du droit des communes est l'art. 5 de la loi du 10 mai 1846 qui dispose que « la viande dite à la main ou par quartiers ne peut être soumise à l'entrée dans les villes à un droit supérieur aux droits d'abattoir et d'octroi sur les bestiaux. » Il semble bien résulter de là qu'une taxe égale au total des droits d'abattoir et d'octroi est autorisée par la loi; et l'arrêt précité de la Cour de cassation paraît admettre cette conclusion. Elle est cependant erronée. Il faut tout d'abord remarquer que la Cour de cassation n'avait pas à statuer sur la question même et qu'elle constate que l'art. 5 de la loi de 1846 était inapplicable dans l'espèce qu'elle jugeait; on comprend dès lors qu'elle n'y ait pas regardé de trop près et qu'elle ait accepté pour cet article, qu'elle n'avait pas à appliquer, une interprétation qui lui parais-

Digitized by Google

sait plausible et qu'elle n'avait aucun motif de suspecter. Mais si elle avait eu à appliquer cet article lui-même, elle aurait certainement jeté un coup d'œil sur les travaux préparatoires de la loi de 1846 et sur les textes postérieurs relatifs à la même matière, et elle aurait alors constaté que l'art. 5 de la loi de 1846 ne signifie pas du tout ce qu'il paraît signifier et qu'en tout cas il a été modifié par la législation postérieure sur les octrois.

Que l'art. 5 n'ait pas le sens qu'on lui attribue, cela résulte des déclarations faites par le rapporteur de la loi à la Chambre des pairs. « L'art. 5 a pour effet de modifier l'état de choses qui existe actuellement à Paris... Il ne paraît pas destiné à avoir d'effet sur les villes où la taxe est aujourd'hui égale pour les deux espèces de viandes. L'art. 2, qui interdit toute augmentation de produit par le fait de la transformation du droit, s'opposerait à ce que le droit d'abattoir fut ajouté dans les villes aux droits d'octroi actuellement perçus. D'ailleurs le Conseil d'État a toujours maintenu la doctrine que le droit d'abattoir était essentiellement distinct du droit d'octroi; que l'un était une taxe de consommation et l'autre le prix d'un service rendu et ne devait en conséquence pas être imposé à des viandes qui ne sortaient pas des abattoirs. »

En tout cas la législation postérieure a supprimé le droit qui résulterait de l'art. 5. En effet, l'art. 9 de la loi municipale du 24 juillet 1867 a donné au gouvernement le pouvoir de déterminer dans un règlement d'administration publique les bases générales des tarifs d'octroi. Ce règlement porte la date du 12 février 1870. Le tarif qui y est annexé décide que la taxe des viandes dépecées doit être calculée sur celle que paie l'animal vivant; on ne peut donc pas faire entrer le droit d'abatage en ligne de compte. En outre, l'art. 10 du décret dispose : « Qu'en aucun cas les objets inscrits au tarif ne pourront être soumis à des taxes différentes à raison de ce qu'ils seraient récoltés ou fabriqués dans l'intérieur du lieu sujet. » Il est donc absolument défendu de varier la taxe suivant la provenance de l'objet.

2. — La loi du 28 juillet 1885 sur l'établissement des lignes télégraphiques ou téléphoniques oblige les communes à subir cet établissement sur leurs voies publiques et dans leurs égouts,

Digitized by Google

lorsque les lignes sont construites par l'État; et la loi ajoute qu'aucune redevance n'est due pour les lignes qui font partie du réseau d'intérêt général.

Mais pour celles qui ne font pas partie de ce réseau, c'est-à-dire qui, quoique construites par l'État, ne sont momentanément affectées qu'à l'usage d'un ou de plusieurs particuliers, il y a une distinction à faire d'après un avis du Conseil d'État du 19 janvier 1888 [1]. Si la ligne emprunte l'égout de la commune, celle-ci aura droit à une redevance dont le taux sera fixé par un décret rendu en forme de règlement d'administration publique; c'est la décision expresse de l'art. 2 de la loi de 1885. Mais si la ligne est établie sur le sol des rues ou chemins communaux, la commune ne peut demander aucune indemnité, car l'art. 2 n'accorde d'indemnité que pour les lignes établies dans les égouts. On avait proposé d'accorder une redevance aux communes dans tous les cas, mais la proposition ne fut pas adoptée.

Lorsque la ligne n'est pas construite par l'État, la loi de 1885 est inapplicable. Les art. 68-6° et 133-7° de la loi du 5 avril 1884 permettent dans ce cas d'imposer, avec l'autorisation du préfet, une taxe pour location de la voie publique.

3. — Ce même § 7 de l'art. 133 enlève aux municipalités une ressource qui leur appartenait dans la législation antérieure. La loi du 18 juillet 1837 donnait, en effet, aux communes le droit de percevoir des taxes pour toute occupation d'un emplacement dans un port ou sur un quai sans aucune distinction entre les ports maritimes et les ports fluviaux; mais la loi nouvelle a restreint ce droit aux emplacements des ports fluviaux, elle le supprime donc pour le domaine public maritime.

Que sont devenues après la promulgation de la loi de 1884 les taxes qui existaient régulièrement à ce moment sur les ports maritimes? La question s'est présentée à Rouen dans les circonstances suivantes.

Une ordonnance du 8 octobre 1815 avait approuvé un projet de travaux, présenté par le conseil municipal de la ville, pour embellir et redresser les quais. Cette ordonnance entrait dans des détails qui sont inutiles à la question; nous n'avons à en

[1] *Rev. gén. d'admin.*, février 1888, p. 159.

Digitized by Google

retenir que l'art. 7 qui disait : « La ville de Rouen jouira exclusivement et à perpétuité du droit d'étal, d'attache, de dépôt, de séjour et d'établissement de bureaux pour le service du commerce, sur les quais. Le produit de cette perception sera spécialement employé aux dépenses d'embellissement des quais. » En exécution de cet article un droit d'attache fut établi sur les navires qui stationnaient dans le port, et il fut perçu jusqu'à la promulgation de la loi de 1884 et même postérieurement à cette promulgation. Mais alors des réclamations se produisirent; certains entrepreneurs de transport assignèrent la ville devant le tribunal civil en restitution de la taxe qu'ils prétendaient indûment perçue depuis le 5 avril 1884.

Les représentants de la commune ne nièrent pas que la loi de 1884 ne permît plus en principe de compter parmi les recettes municipales le produit des permis de stationnement et de location des quais et ports maritimes, le texte est trop explicite en sens contraire. Ils ne contestèrent pas non plus, au point de vue spécial du procès, le caractère maritime du port de Rouen; ce caractère avait été formellement reconnu dans le cours de la discussion de la loi au Sénat. Pour défendre la légalité des taxes contestées, ils eurent recours aux considérations suivantes : 1° L'ordonnance de 1815 n'est pas une simple autorisation donnée à la commune d'établir une taxe municipale, c'est un contrat de travaux publics dans lequel la commune joue le rôle de concessionnaire et par lequel l'État lui délègue tous ses droits sur les taxes à percevoir dans les ports et les quais. La commune n'a donc perçu les taxes qu'on lui conteste que par une délégation de l'État, et cette délégation n'a été modifiée en rien par la loi de 1884; 2° En tout cas cette loi n'a fait qu'enlever aux communes le produit de certaines taxes, mais elle n'a pas supprimé ces taxes qui doivent désormais profiter à l'État (circulaire ministérielle du 15 mai 1884). Or, celui-ci peut certainement céder son droit; et dans l'espèce cette cession est évidente, elle résulte de plusieurs lettres ministérielles, elle résulterait au besoin de l'approbation que l'autorité supérieure a donnée au budget municipal dans lequel le produit des taxes contestées était porté en compte.

Digitized by Google

En présence de ces arguments le tribunal se déclara incompétent pour interpréter l'ordonnance de 1815 et renvoya les parties devant l'autorité administrative pour obtenir cette interprétation. Les demandeurs firent appel de cette décision et la Cour leur donna raison à tous les points de vue. Elle décida en effet tout d'abord que l'interprétation de l'ordonnance de 1815 était inutile en la cause et qu'il n'y avait pas lieu par conséquent à renvoi, puis évoquant l'affaire et statuant au fond, elle condamna la commune à la restitution des taxes qu'elle déclara illégales.

On ne peut admettre la prétention émise par la commune d'avoir perçu le droit d'attache par délégation de l'État; cette délégation était impossible. L'art. 7 de la loi du 11 frimaire an VII comprend le produit de la location des places dans les ports parmi les recettes municipales; ce produit n'appartenait donc plus à l'État depuis l'an VII, et l'État ne pouvait pas en 1815 céder un droit qui ne lui appartenait plus. Il n'en a d'ailleurs pas eu l'intention. Le rédacteur de l'ordonnance vise expressément l'art. 7 de la loi de l'an VII, montrant bien par là qu'il ne voulait qu'autoriser la commune à user des droits que ladite loi lui donnait. Le deuxième argument invoqué dans l'intérêt de la ville de Rouen est encore moins admissible que le premier. La loi de 1884 retire aux municipalités le produit des taxes imposées sur les dépendances du domaine public maritime; celles de ces taxes qui avaient été établies par les autorités municipales sont donc supprimées, et rien dans le texte ne permet de croire qu'elles seront conservées au profit de l'État. Celui-ci, propriétaire du domaine public maritime, pourra sans doute désormais établir des taxes pareilles, mais il faudra une loi spéciale comme pour toutes les contributions imposées dans son intérêt. Cette loi n'existe pas à l'heure actuelle. Existât-elle, il n'en résulterait pas nécessairement qu'une commune peut être déléguée pour recueillir le bénéfice de l'impôt. Les deniers publics en effet ne peuvent être employés que de la manière indiquée par la loi; or, la cession à une commune du produit d'une taxe constitue évidemment un emploi de ce produit; il faudrait donc au moins une autorisation budgétaire qui n'existe pas.

Nous approuvons entièrement les solutions consacrées par la

Digitized by Google

Cour de Rouen. Son arrêt a cependant été cassé (Cass. 7 décembre 1887)[1], mais pour une question de compétence. La Cour de cassation a jugé, comme la Cour de Rouen, que la ville ne pouvait percevoir le droit d'attache par délégation de l'Etat puisque depuis l'an VII ce droit n'appartient plus à l'Etat; cette taxe constituait donc une contribution indirecte perçue au profit de la commune, et par suite toute contestation soulevée par les contribuables devait être régie par les règles applicables aux contestations en matière de contributions indirectes; or, ces contestations sont jugées en premier et dernier ressort par le tribunal d'arrondissement et la Cour d'appel n'avait pas qualité pour en connaître.

4. — D'après l'art. 131 de la loi du 5 avril 1884, la section ou la partie qui a obtenu une condamnation contre la commune ou une autre section n'est point passible des charges ou contributions imposées pour l'acquittement des frais et dommages-intérêts qui résultent du procès.

La commune de Cour-Cheverny (Loir-et-Cher), pour se soustraire à l'application de cette disposition, avait imaginé d'inscrire les frais du procès parmi les dépenses ordinaires de la commune et d'imputer par suite leur paiement sur les ressources ordinaires. Mais comme ces ressources étaient insuffisantes, elle demanda et obtint l'autorisation d'établir des centimes additionnels pour insuffisance de revenu. Au fond donc les frais du procès étaient, en partie au moins, payés au moyen de cette contribution, mais le fait n'était pas mis en évidence dans le budget qui ne mentionnait aucune contribution affectée spécialement à ce paiement. Aussi le conseil de préfecture de Loir-et-Cher s'y laissa-t-il prendre; et le sieur Aucher, l'adversaire de la commune, ayant demandé décharge de la quote-part qui lui avait été attribuée dans les centimes additionnels, le conseil rejeta sa requête par ce motif que le produit des centimes additionnels était destiné au paiement des dépenses ordinaires. Mais le Conseil d'Etat, par arrêt du 10 juin 1887[2], a réformé avec raison l'arrêté du conseil de préfecture. Il y a dans le budget de la commune de Cour-Cheverny un artifice de comptabilité pour donner le change

[1] Dall. 88. 1. 153.
[2] Rec. 1887, p. 469.

Digitized by Google

sur la véritable destination du produit des centimes additionnels; mais ce subterfuge ne peut augmenter les droits de la commune ni diminuer ou détruire ceux du contribuable qui a plaidé contre elle. Si la commune avait déclaré franchement que l'impôt qu'elle établissait avait pour objet le paiement des frais du procès, il est incontestable que le sieur Aucher eût été dispensé de cet impôt; il doit donc en être de même dans la situation que nous examinons. Si vraiment il y avait eu dans le budget ordinaire des ressources disponibles, le conseil municipal eût pu les employer au paiement des frais du procès et l'adversaire de la commune n'aurait eu rien à dire, quelle que fût l'inopportunité d'une pareille décision. Mais dans l'espèce il n'y avait pas de fonds disponibles et la preuve en est qu'il a fallu voter des centimes additionnels à cause de l'insuffisance des revenus. Ces centimes sont donc bien réellement une taxe dont le produit est destiné à payer les frais du procès et l'adversaire de la commune ne doit pas y contribuer.

V. — *Domaine privé communal.*

1. — Il existe dans quelques départements des biens communaux d'une nature juridique spéciale. Ce sont les *portions ménagères* qu'on rencontre dans les communes qui composaient autrefois les provinces d'Artois et de Flandre et dans une partie de la Lorraine et de la Bourgogne. Ces portions ménagères étaient à l'origine des biens communaux ordinaires qui consistaient surtout en marais et en terres incultes. Pour augmenter la richesse agricole du pays ou pour en favoriser l'assainissement par le dessèchement des marais, le pouvoir central autorisa et quelquefois même ordonna le partage de ces communaux entre les habitants, espérant avec raison que l'intérêt personnel constituerait un mobile énergique qui pousserait les apportionnés à fertiliser par leur travail les marécages et les landes qu'on leur distribuait. L'autorité cependant ne voulut pas enlever à la commune tous ses droits sur les terres ainsi partagées; les apportionnés ne furent donc investis que des droits d'user et de jouir, mais non du droit de disposer. La réglementation ne fut pas partout la même. En Flandre, par exemple, la jouissance du

Digitized by Google

détenteur d'une portion ménagère ne fut que viagère, on pouvait presque la considérer comme un usufruit, la nue-propriété restant à la commune; mais le plus souvent le droit de l'apportionné fut organisé avec transmission héréditaire; il fut alors soumis soit au régime successoral ordinaire existant dans la province, soit à un régime spécial et distinct. Le droit nouveau a conservé presque sans modification, telle que la lui léguait l'ancien droit, toute cette législation relative aux portions ménagères, sans essayer d'y introduire l'uniformité ou de la mettre en harmonie avec la loi civile générale.

Cette catégorie de biens a donné lieu à des difficultés d'ordre divers; nous trouvons cette année dans les recueils deux décisions qui s'y rapportent.

La première est un arrêt du Conseil d'État du 29 avril 1887 [1] qui statue sur le régime successoral auquel sont soumises les portions ménagères dans l'ancienne province d'Artois. Il décide que ces biens admettent la représentation successorale, car ils n'ont été constitués dans la province que par l'arrêt du Conseil du roi du 25 février 1779; or, à ce moment, la représentation était établie pour tous les biens en général par l'édit du 29 août 1775, et aucun texte ne soustrait les portions ménagères à l'application de cet édit. Mais le droit de représentation est restreint dans une certaine mesure par les règles édictées pour la dévolution héréditaire de ces portions par l'arrêt de 1779. D'après les termes même de ce document « l'aîné mâle de chaque famille et à défaut des mâles l'aînée des femelles » est seul admis à succéder. Il faut conclure de là que le petit-fils du *de cujus*, fils d'un fils aîné prédécédé, peut, en venant par représentation de son père, exclure son oncle, frère consanguin de son père, et *a fortiori* les descendants mâles de son oncle. Mais la représentation ne pourra avoir pour effet de permettre à une femme d'exclure des mâles; ainsi la fille d'un fils aîné prédécédé ne peut exclure ni son oncle, ni ses cousins, elle est au contraire exclue par eux; car tant qu'il existe dans la descendance masculine un mâle apte à recueillir la part vacante, les filles doivent être exclues, qu'elles se présentent de leur chef ou par représentation.

[1] Rec. 1887, p. 332.

Digitized by Google

Cette interprétation donnée par le Conseil d'État de l'arrêt de 1779 a été contestée [1]; nous la croyons cependant exacte. Il est évident que le législateur, en écartant les filles de la succession aux portions ménagères, a voulu maintenir ces portions dans les familles auxquelles on les distribuait au moment du partage ; ce n'est que lorsqu'il ne reste plus d'agnat mâle dans la famille que la loi donne vocation aux filles parce qu'alors la famille est éteinte. Or, cette considération s'applique aussi bien aux hypothèses où les filles succèdent de leur chef qu'à celles où elles succèdent par représentation.

Nous signalons en deuxième lieu un arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1887 [2] qui détermine la nature et l'étendue des droits que la commune conserve sur les portions ménagères dans les pays qui composaient la province de Flandre.

Dans cette province, les portions sont allouées aux ménages résidant dans la commune pour en jouir jusqu'au décès du dernier vivant de l'homme et de la femme ; advenant ce décès, la portion vacante passera, par ordre d'ancienneté, à un des ménages qui ne sont pas encore pourvus, s'il y en a. Si tous les ménages sont pourvus, la portion vacante sera louée au profit de la commune jusqu'à ce qu'il survienne un ménage non pourvu qui la réclame. Telles sont les règles établies par les lettres patentes du 27 mars 1777 qui ordonnèrent le partage des biens communaux dans les châtellenies de Lille, Douai et Orchies.

La commune d'Annœullin, dépendant de l'ancienne châtellenie de Lille, avait en 1864 échangé une portion ménagère contre une parcelle située sur son territoire, mais appartenant en pleine et libre propriété à un particulier. L'échange avait été régulièrement approuvé par le préfet ; il avait été accepté par le détenteur actuel de la portion ménagère, qui avait consenti à se dessaisir de cette portion et à prendre possession, en la même qualité, de la parcelle donnée en échange. En 1883, la mort du survivant de ce ménage apportionné rendit sa part vacante ; un nouveau ménage fut désigné par l'autorité compétente pour en prendre possession. Mais

[1] *Rev. gén. d'admin.*, août 1888, p. 419.

[2] Dall. 88. 1. 129.

Digitized by Google

le nouvel appelé n'accepta pas la situation qu'avait approuvée son prédécesseur ; il refusa de prendre possession de la parcelle occupée en dernier lieu par ce prédécesseur, parcelle qui n'était pas et n'avait jamais été une portion ménagère, et demanda qu'on lui remit la portion même à laquelle il avait droit et que la commune n'avait pas pu aliéner.

La demande soulevait tout d'abord une question de compétence. Elle avait été portée devant les tribunaux judiciaires et l'on soutint au nom de la commune que la juridiction administrative seule était compétente puisqu'il s'agissait en somme d'interpréter les lettres patentes de 1777 qui constituent un acte administratif. La Cour de Douai et la Cour de cassation répondirent avec raison que les lettres patentes de 1777 ont un sens très clair, qu'il s'agit de les appliquer et non de les interpréter. Le procès, d'ailleurs, ne touche en rien le domaine public, il n'intéresse que le domaine privé ; il porte en définitive sur le point de savoir quels sont les droits privés que la commune conserve sur les portions ménagères et quelle est la valeur de l'échange qu'elle a consenti ; il se restreint donc à l'examen d'un acte de gestion ; or, pour ces actes, l'autorité judiciaire est compétente, sauf texte contraire, et ce texte n'existe pas ici.

Au fond, le demandeur obtient aussi gain de cause. On décide que puisque les lettres patentes assurent les portions ménagères vacantes aux ménages non encore pourvus, il faut en conclure que la commune ne peut pas aliéner ces portions. Lorsque la part n'est pas encore vacante, l'aliénation n'est pas non plus possible même avec l'accord de la commune et du détenteur actuel; ce dernier, en effet, n'ayant qu'un droit viager, ne peut céder plus qu'il n'a, et la commune doit même alors respecter le droit de l'aspirant à la possession, droit que l'aliénation détruirait. L'échange n'est donc pas opposable à cet aspirant.

2. — A qui incombe l'entretien des cimetières?

L'art. 37-4° du décret du 30 décembre 1809 imposait cette charge aux fabriques, tandis que l'art, 30-17° de la loi du 18 juillet 1837 en faisait une dépense obligatoire pour les communes. La jurisprudence avait concilié ces deux textes en admettant que l'obligation d'entretien pesait principalement sur les

Digitized by Google

fabriques, car elles profitaient des produits spontanés qui croissent dans les cimetières (art. 36-4° du décret de 1809) et il était juste que bénéficiant des revenus elles subissent les charges. La commune n'était tenue de subvenir aux dépenses d'entretien que lorsque les ressources de la fabrique étaient insuffisantes.

Il y a lieu de se demander si la loi du 5 avril 1884 n'a pas modifié ces solutions. La raison de douter vient de ce que l'article 133-9° de cette loi donne désormais aux communes le produit des terrains affectés aux inhumations. Ne faut-il pas en conclure que les municipalités ayant été substituées aux fabriques pour la perception des bénéfices, leur sont aussi substituées pour le paiement des dépenses? L'art. 136-13° classe d'ailleurs l'entretien des cimetières parmi les dépenses obligatoires, et le rapporteur au Sénat, dans le commentaire qu'il faisait de ce texte admettait bien qu'il imposait à la commune la charge entière de l'entretien, car il disait : « Il nous paraît logique, du moment où les cimetières sont considérés comme des immeubles communaux et que par conséquent la commune en retire tous les produits, qu'elle ait également les charges de l'entretien et de l'établissement des clôtures. J'ajoute que par une loi que vous avez votée en 1881 vous avez absolument *communalisé* les cimetières; au régime ancien, en vertu duquel on avait pu dire que les cimetières étaient une suite de l'église, vous avez substitué un régime nouveau, en vertu duquel le cimetière est une propriété intégrale de la commune, sur laquelle la commune a tous les droits et par conséquent toutes les obligations. Il n'est pas bon de laisser à la charge d'une administration étrangère à l'administration communale des droits et des attributions, ou des charges concernant les cimetières. Le cimetière est à la commune, c'est une propriété communale dans toute la force du terme; il faut que la commune en ait la police, les bénéfices et les charges. » La circulaire ministérielle du 15 mai 1884 accepta ce point de vue, et dans la pratique l'administration ne demanda rien aux fabriques pour l'entretien des cimetières. Mais un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 mai 1888 [1], rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'Amiens, vient d'admettre, comme l'avait fait la Cour d'ap-

[1] Dall. 88. 1. 257.

Digitized by Google

pel, que la loi de 1884 n'a pas modifié la législation antérieure sur notre question. Le seul argument invoqué est le suivant : l'art. 136-13° de la loi nouvelle qui impose aux communes l'obligation d'entretenir les cimetières est littéralement copié sur l'article 30-17° de la loi de 1837, donc il doit avoir le même sens. Or, on admettait que cet art. 30 ne mettait à la charge des communes qu'une obligation subsidiaire, l'obligation principale appartenant aux fabriques, il doit donc en être de même aujourd'hui.

Nous reconnaissons que le législateur de 1884 a commis une imprudence en ne prévoyant pas cet argument qu'il eût été facile d'éviter en modifiant légèrement l'ancien texte. Mais il faut bien constater aussi que ce texte tel qu'il était et tel qu'il est resté ne parle nullement d'obligation subsidiaire ; il y est dit tout simplement que l'entretien des cimetières est une dépense obligatoire pour les communes et cela sans aucune restriction. Si malgré la généralité de ces terme son avait fini par admettre des restrictions, c'est qu'à côté de la loi de 1837 il y avait les art. 36 et 37 du décret de 1809. Mais la loi de 1884 abroge formellement le premier de ces articles. Il n'est donc pas exact de dire que le législateur moderne a reproduit absolument la même formule que celui de 1837 ; il n'a reproduit qu'une partie de l'ancienne formule, il en a modifié une autre partie. L'argument qu'on veut tirer de l'identité des deux textes tombe donc. Et même si on écarte les travaux préparatoires, parce qu'ils ne manifestent après tout que l'opinion d'un rapporteur ou d'une commission, il n'en reste pas moins ce fait que la loi de 1884 a modifié la situation respective des fabriques et des communes en ce qui concerne les cimetières et qu'il est évident par conséquent qu'elle n'a pas voulu reproduire l'ancienne législation. Nous ne croyons donc pas que l'arrêt que nous venons d'examiner soit destiné à fonder une jurisprudence.

3. — Sur cette matière des cimetières nous signalons un arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1886 [1] qui a une grande importance en pratique.

Le décret du 7 mars 1808 établit autour des cimetières une

[1] Dall. 88. 3. 5.

Digitized by Google

servitude *non ædificandi* s'étendant sur un rayon de cent mètres; mais d'autre part le décret du 23 prairial an XII permet aux communes d'établir leurs cimetières à trente-cinq mètres seulement d'une agglomération. Lorsqu'une commune profite de cette permission, quelle est la situation des terrains attenant à l'agglomération ou même compris dans cette agglomération? Sont-ils soumis aux servitudes du décret de 1808? Si on admet l'affirmative, c'est une servitude très onéreuse qu'on impose sans indemnité à des terrains d'une grande valeur; et cette rigueur est peu justifiable, car puisque la présence des constructions anciennes n'a pas paru constituer un danger suffisant pour éloigner le cimetière, pourquoi empêcher de faire des constructions nouvelles et en quoi ces constructions nouvelles sont-elles plus dangereuses? On avait proposé dans cette hypothèse de n'appliquer le décret de 1808 que le long de la partie du cimetière qui donne sur la campagne, du côté de l'agglomération la servitude ne se serait étendue que jusqu'à trente-cinq mètres. Mais le Conseil d'Etat n'a pas accepté cette modération du décret de 1808; le texte, dit-il, est général et ne comporte aucune exception, il faut donc l'appliquer dans tous les cas.

BRÉMOND.

ÉTUDE DE DROIT FISCAL SUR LA RÉVERSIBILITÉ DES RENTES VIAGÈRES,

Par M. Lamache, professeur à la Faculté libre de droit de Lille.

La clause de réversibilité, que l'on stipule souvent dans la constitution des rentes viagères, donne naissance à des questions fort délicates, notamment en matière fiscale. Plusieurs de ces questions paraissent tranchées aujourd'hui en jurisprudence; il en est d'autres à l'égard desquelles la discussion reste ouverte; il y en a enfin sur lesquelles la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée; de ce nombre est celle qui fera le principal objet de cette étude, et dont la Cour suprême vient tout récemment d'être saisie.

Avant d'aborder les difficultés que nous nous proposons d'étudier, il est utile de rappeler les principes de cette matière pleine

Digitized by Google

de nuances et dont l'exposé demanderait à cause de cela la précision mathématique.

La constitution d'une rente à titre gratuit appartient à la classe des libéralités assujetties au droit proportionnel de donation ou de mutation par décès, suivant qu'elle a été établie par donation ou par testament.

La valeur d'une rente viagère étant d'une estimation difficile, par suite des éléments aléatoires qui entrent dans sa composition et influent sur sa durée, la loi fiscale a déterminé cette valeur à l'aide d'une fiction qui repose sur un forfait.

Aux termes de l'art. 14, n°9 de la loi du 22 frimaire an VII, « la valeur des rentes et pensions créées sans expression de « capital est déterminée, pour la liquidation et le payement du « droit proportionnel, à raison d'un capital formé de dix fois la « rente viagère ou la pension. »

C'est ce capital fictif qui constitue la matière imposable, sur laquelle doit être perçu le droit proportionnel d'après les règles ordinaires du tarif, et, par conséquent, eu égard au degré de parenté des parties, et à la circonstance que la rente a été constituée par contrat de mariage ou hors contrat de mariage.

L'application de cette règle n'offre pas de difficulté lorsque la rente viagère a été constituée sur la tête du bénéficiaire, la rente s'éteint dans ce cas à son décès, il n'y a qu'une mutation sur laquelle le droit est perçu à l'origine.

Mais la perception de l'impôt ne se présente pas toujours dans des conditions aussi simples; la rente viagère peut avoir été créée sur la tête du constituant, au lieu de l'avoir été sur celle du bénéficiaire, auquel cas la rente subsiste après le décès de celui-ci.

Pour régler les droits du fisc dans cette hypothèse, il est nécessaire d'examiner si la rente, créée sur la tête du constituant, a été attribuée à un seul donataire, ou, au contraire, à plusieurs, et, en outre, au cas de pluralité de bénéficiaires, il faut rechercher en quels termes et de quelle manière l'attribution a été faite en ce qui les concerne.

Si la rente a été constituée au profit d'un seul donataire, sans que l'acte désigne aucune autre personne, soit pour concourir

Digitized by Google

avec lui, soit pour lui succéder, les héritiers du crédi-rentier recueillent la rente dans son patrimoine avec ses autres biens et en jouissent jusqu'à la mort du constituant, à moins que le bénéficiaire n'en ait disposé avant son décès.

Les héritiers du donataire recueillant, dans ce cas, la rente non du constituant, mais du donataire lui-même, doivent acquitter le droit de mutation par décès : Paris, 19 février 1864, D. P. 65, I, 75; Cass. 29 mai 1865, D. P. 65, I, 365.

Si, au contraire, la rente a été attribuée par le constituant à plusieurs bénéficiaires, deux hypothèses peuvent se présenter : ou les bénéficiaires ont été appelés à jouir de la rente conjointement avec accroissement au profit du survivant, ou ils ont été appelés à en jouir successivement, l'un après la mort de l'autre.

Lorsque les bénéficiaires sont appelés conjointement, s'il s'agit, par exemple, d'une rente viagère constituée conjointement au profit de deux légataires, chacun d'eux, investi d'un droit éventuel au tout, ne recueille à l'origine que la moitié de la rente, par suite de la présence de son colégataire dont le droit est égal au sien, mais lorsqu'arrive le décès de l'un des colégataires, la part du prémourant accroît à celle du survivant par l'effet de sa vocation universelle initiale, et sans qu'il s'opère de mutation nouvelle.

Les conséquences fiscales de ce principe sont celles-ci : chacun des légataires acquitte le droit proportionnel, au décès du testateur, sur la moitié de la rente, mais il ne paye aucun droit pour l'autre moitié qu'il recueille après la mort de son colégataire, à moins qu'il ne se trouve à un degré de parenté plus éloigné du testateur que le premier légataire, auquel cas il doit seulement un supplément de droit égal à la différence entre celui qui a été perçu à l'origine et celui qui eût dû l'être, si la seconde moitié de la rente eût été recueillie dès cette époque par le légataire survivant; en d'autres termes, on impute sur la somme à payer par le second légataire celle qui a été payée par le premier. Ainsi l'exige la règle que l'impôt ne peut pas frapper deux fois la même mutation.

Les solutions que nous venons d'exposer sont admises par l'administration, ainsi que le prouve l'instruction 1354 § 6, et de nombreuses décisions judiciaires les ont consacrées : Req.

Digitized by Google

1er juillet 1846, *Contr.* : nº 6197 ; Pontoise, 31 décembre 1873, J. E. nº 19529 ; Pau, 31 janvier 1878, G. P. nº 4924 ; Versailles, 17 décembre 1878, G. P. nº 5169.

Si, nous plaçant maintenant dans la seconde hypothèse que nous avons distinguée ci-dessus, nous supposons une rente viagère attribuée à deux bénéficiaires appelés à en jouir non plus conjointement, mais successivement, l'un après la mort de l'autre, de quelle manière le bénéficiaire survivant se trouve-t-il approprié, et dans quelle mesure le droit qu'il recueille est-il atteint par la loi fiscale ?

Cette forme de la constitution des rentes viagères est une de celles que l'on rencontre le plus fréquemment dans la pratique. On la trouve surtout dans les donations faites aux futurs époux par contrat de mariage. Les parents constituent, par exemple, sur la tête du dernier survivant d'entre eux, une rente à leur enfant qui se marie, en stipulant que cette rente continuera, au cas de prédécès de l'époux donataire, au profit de son conjoint ou des enfants à naître du mariage. Cette stipulation est désignée ordinairement sous le nom de clause de réversibilité ; ce qui suit montrera qu'on pourrait peut-être critiquer cette dénomination, nous l'emploierons néanmoins puisqu'elle est consacrée par l'usage.

Deux questions naissent de la convention que nous venons de décrire, l'une qui est relative à la nature du droit à percevoir, l'autre qui concerne son assiette et sa liquidation. Notre étude a pour objet l'examen de ces deux questions.

I.

Quelle espèce de droit doit acquitter le donataire survivant pour la rente qu'il recueille en vertu de la réversibilité ?

Le donataire survivant qui recueille la rente par l'effet de la réversibilité doit-il payer le droit de donation ou le droit de mutation par décès ?

L'administration se prononça à l'origine pour l'exigibilité en pareil cas du droit de mutation par décès. Ce principe se trouve consacré dans une solution des 19-22 juillet 1844 (J. E., 14096).

Dans ce système, le second donataire n'est pas considéré comme l'ayant-cause du constituant, mais comme celui du pre-

Digitized by Google

mier donataire dans la succession duquel il recueille la rente; en d'autres termes, la mutation ne s'opère pas, en vertu de l'acte constitutif, du donateur au donataire survivant, mais du donataire prédécédé au donataire survivant.

Mais la difficulté ne tarda pas à se présenter devant les tribunaux, qui la résolurent contrairement à l'interprétation de la régie. Avranches, 2 juillet 1848, *Contr.*, 8430; Vesoul, 27 décembre 1867, *Contr.*, 14344.

La Cour de cassation fut elle-même saisie de la question sur pourvoi formé contre un jugement fortement motivé du tribunal de Saint-Omer du 7 mai 1869, *Contr.*, R. P., 14750, qui avait statué comme les autres tribunaux. Il est à remarquer que, dans cette espèce, on demandait l'exonération de toute espèce de droit, en présentant la clause de réversibilité comme « un règlement de communauté entre époux ».

L'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1872 (Dall., 72, 1, 213), intervenu à la suite du jugement du tribunal de Saint-Omer, déclare que la disposition d'un contrat de mariage par lequel les père et mère donnent en dot à leur fille une pension viagère, réversible, à son décès, au profit du futur époux, constitue, même au respect de celui-ci, une donation conditionnelle des père et mère, passible, au décès de l'enfant doté, du droit proportionnel de donation entre-vifs.

Cet arrêt est généralement considéré aujourd'hui comme ayant fixé en jurisprudence le caractère de la mutation qui s'opère, dans le cas de réversibilité, au profit du conjoint de l'époux donataire.

Mais l'arrêt du 27 mars 1872 n'a tranché la difficulté qu'au regard du conjoint de l'époux donataire. La même solution doit-elle être appliquée lorsque la continuation de la rente est stipulée au profit d'un tiers ou des enfants à naître des époux?

Quant à la reversibilité au profit d'un tiers, c'est par *a fortiori*, il semble, que le bénéficiaire doit être considéré comme l'ayant-cause des constituants; mais la question est plus délicate en ce qui concerne les enfants issus du mariage.

L'administration soutient que le principe qui sert de base à la perception doit être le même dans cette hypothèse que dans les précédentes.

Digitized by Google

La jurisprudence est divisée sur ce point.

D'une part, un jugement du tribunal de Vesoul du 27 déc. 1867, cité plus haut, un autre du tribunal de Laon du 17 janv. 1878, J. E. 20754 et un du tribunal d'Avesnes, du 9 août 1873, J. E. 20846, ont décidé que les enfants appelés à bénéficier de la réversibilité tiennent eux-mêmes leurs droits des constituants et doivent, par suite, le droit de donation, comme le conjoint de l'époux prédécédé. La question s'était aussi présentée devant le tribunal de Saint-Omer, en 1869, dans l'espèce rappelée ci-dessus, mais la demande de la Régie fut repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la procédure.

D'autre part, le tribunal de la Seine s'est prononcé récemment en sens contraire. D'après lui, la rente viagère constituée au profit d'un des futurs époux et des enfants à naître du mariage, donne lieu, lors du décès de l'époux donataire, à un droit de succession pour la mutation qui s'opère au profit des enfants, et non à un droit de donation directe des donateurs auxdits enfants. Trib. Seine, 4 avril 1884, J. E. 22490.

La Cour de cassation n'ayant pas encore été appelée à se prononcer sur ce point, on peut dire que le débat reste ouvert.

Nous verrons tout-à-l'heure que les deux interprétations engendrent des conséquences plus importantes encore au point de vue civil qu'au point de vue fiscal.

On peut invoquer contre la perception du droit de donation des considérations fort sérieuses.

Interpréter la réversion comme une donation directe des constituants aux enfants à naître, c'est, comme on l'a fait remarquer, décréter la nullité de cette donation. L'article 1081 du Code civil ne permet pas, en effet, de faire, même par contrat de mariage, une donation de biens présents à des personnes non conçues, or une rente viagère qui prend naissance le jour du contrat de mariage et qui doit s'éteindre à la mort des donateurs, a tous les caractères d'un bien présent ; la disposition est donc nulle au regard des enfants à naître.

L'idée de considérer la disposition au respect des enfants à naître comme une substitution permise par les art. 1048 et suivants du Code civil n'est pas de nature à assurer toujours l'effica-

Digitized by Google

cité de la clause ; si, comme cela a lieu souvent, la rente a été constituée au profit des époux et de leurs descendants, les substitutions n'étant permises qu'en faveur des enfants au premier degré seulement du donataire, la disposition sera nulle au regard des descendants du degré ultérieur.

C'est pour échapper à ces conséquences, et assurer dans tous les cas l'effet de la stipulation, que l'on a considéré la réversion comme opérant une mutation par décès du donataire à ses enfants.

On a appuyé cette conception sur les droits préexistants des enfants de l'époux donataire. Lorsque la rente a été constituée sur la tête des donateurs, les enfants sont destinés, indépendamment de toute attribution légale faite à leur profit, à recueillir la rente comme héritiers du donataire avec les autres biens qui composeront sa succession. La transmission légale produit le même résultat que la transmission contractuelle; dès lors il est rationnel de supposer que les constituants, en stipulant la continuation de la rente au profit des enfants de l'époux donataire, n'ont fait que se référer aux dispositions légales; leur intention a dû être de confirmer la vocation héréditaire que ceux-ci tenaient de la loi; le titre des enfants a été *consolidé*, il n'a pas été *interverti;* les donateurs n'ont évidemment pas voulu faire une stipulation inutile, dont l'effet serait d'imposer à leurs petits-enfants l'obligation de payer un droit de mutation plus élevé.

Il n'est pas difficile de répondre à cette argumentation, qui n'est que spécieuse.

Elle est en opposition avec les termes de la clause de réversibilité; en outre il est inexact de dire que la dévolution légale produit le même effet que la dévolution contractuelle.

L'attribution légale implique l'acceptation de la succession de l'époux donataire par ses enfants, ils ne peuvent recueillir la rente qu'à cette condition; de plus les enfants n'acquièrent sur la rente qu'un droit précaire, par suite de la faculté qui appartient à l'époux donataire de disposer de ses biens même à titre gratuit, dans les limites de la quotité disponible; par contre le droit à la rente n'est pas sujet à révocation dans cette hypothèse pour cause d'ingratitude de l'enfant héritier envers le constituant.

Digitized by Google

L'appropriation par voie de donation a de tout autres effets. L'enfant recueille la rente au décès de l'époux donataire même s'il répudie la succession de celui-ci ; il n'a pas sur cette rente un simple droit de réserve, mais un droit de propriété qui porte sur la totalité de la rente, dans les limites du moins de sa vocation héréditaire, mais qui peut être anéanti, dans certains cas, par la révocation du donateur.

Nous voyons aussi surgir une objection qui n'a pas été faite, et qui nous paraît décisive, contre la distinction que l'on voudrait établir entre le caractère de la mutation qui s'opère au profit du conjoint de l'époux donataire, par suite de la réversibilité de la rente, et le caractère de celle qui s'opère au profit des enfants.

Pour expliquer cette dualité de la stipulation, on fait remarquer que les enfants ont des droits préexistants à la rente comme héritiers présomptifs du donataire, et que la clause de réversibilité a pour objet de confirmer ces droits.

Mais nous dirons que, dans la plupart des cas, la condition du conjoint de l'époux donataire est la même. Par suite, en effet, des dispositions en usufruit que les époux se font ordinairement dans leur contrat de mariage, le conjoint de l'époux bénéficiaire se trouve appelé à recueillir, comme donataire en usufruit de celui-ci, la rente ou la portion de rente, objet de la réversion.

Sans doute lorsqu'il s'agit d'une rente créée sur la tête de l'époux donataire, la rente, s'éteignant au décès de celui-ci, ne peut pas passer au conjoint du survivant par l'effet d'une donation entre époux, elle ne peut revivre qu'en vertu d'une attribution spéciale du constituant; mais quand la rente repose, comme dans notre hypothèse, sur la tête du constituant, elle reste dans la succession du donataire après sa mort, et le conjoint de celui-ci l'y recueille comme son ayant-cause.

Il est donc vrai de dire que l'époux survivant a, comme donataire de l'époux prédécédé, un droit préexistant à la rente, que la clause de réversion a pour objet de rappeler et de confirmer. Ce que l'on dit des enfants on peut le dire aussi de l'époux survivant; la seule différence qui existe entre eux, c'est que l'un tient ses droits d'une attribution volontaire de son conjoint, tandis que les autres tiennent les leurs de la loi; mais qu'importe cette

Digitized by Google

circonstance? Que la vocation soit légale ou conventionnelle, elle a la même valeur et le même effet.

Malgré l'appui qu'elle a trouvé au tribunal de la Seine et la faveur que lui accordent plusieurs auteurs (Laurent, XV, 175; Demolombe, *Donat.*, VI, n° 269; *Dict. des rédact. des dr. d'enreg.*, v° Réversion, n° 135), nous croyons que cette théorie triompherait difficilement devant la Cour de cassation. La distinction sur laquelle elle repose nous paraît complétement arbitraire, puisque l'on peut invoquer à l'égard de l'époux survivant les mêmes motifs qu'à l'égard des enfants. On a dit avec raison que ce n'est pas la qualité des parties qui peut influer sur le caractère du contrat; « s'il renferme une donation lorsqu'il s'agit de l'époux survivant ou d'un étranger, il ne saurait contenir autre chose parce que le bénéficiaire est un enfant. » Garnier, *R. P.*, n°s 2672 et 3415.

La vérité est qu'il faut opter entre le droit de donation et le droit de succession; le droit à percevoir doit être le même dans les deux cas.

A notre avis, l'enfant survivant et les enfants appelés à profiter de la réversibilité ne peuvent être considérés que comme les ayant-cause du constituant, l'époux prédécédé ne peut pas, en effet, leur transmettre des droits qu'il n'a pas; or l'effet de la réversion est de faire sortir, au moment où il décède, la rente de son patrimoine pour la placer dans celui des nouveaux gratifiés, l'époux premier donataire n'a reçu qu'un droit temporaire dont la durée était limitée à celle de son existence.

Nous concluons donc que la disposition d'un contrat de mariage par laquelle les père et mère d'un des futurs époux lui constituent en dot une rente viagère réversible au profit de son conjoint et des enfants à naître du mariage, est, au respect de ceux-ci comme de celui-là, une donation conditionnelle des constituants, soumise, par suite, au droit proportionnel établi pour les actes de cette nature. Tel est l'effet que produit, selon nous, la clause de réversibilité.

On a cherché, par une rédaction attentive du contrat de mariage, à soustraire l'époux qui doit profiter de la réversibilité aux conséquences fiscales de cette interprétation. Le moyen consiste

Digitized by Google

à comprendre formellement la rente dans l'article du contrat de mariage consacré à la donation en usufruit que l'époux crédirentier fait à son conjoint, et en outre à stipuler préalablement dans la constitution de rente, que la rente créée sur la tête du constituant se continuera au profit du conjoint de l'époux donataire conformément aux dispositions du précédent article. De cette manière la clause de réversibilité se trouve reliée à la donation en usufruit, les deux dispositions convergent vers le même but et sont la traduction d'une même pensée, à laquelle s'associent les constituants eux-mêmes comme les bénéficiaires. En vertu du principe de l'unité des conventions matrimoniales, la réversion n'apparaît plus que comme une conséquence de la donation en usufruit; l'époux survivant se trouve approprié par la volonté de son conjoint bien plus que par celle des constituants; c'est en définitive l'époux doté qui dispose lui-même de la rente.

Cette combinaison, dont la pratique notariale offre des exemples, n'est peut-être pas un moyen infaillible, car elle aboutit toujours à une question d'interprétation, néanmoins il est certain qu'elle réussira dans beaucoup de cas.

Un moyen plus simple, qui celui-là est aussi bien applicable aux enfants qu'au conjoint de l'époux donataire, serait, lorsque la rente est créée, comme nous le supposons, sur la tête du constituant, de supprimer puremement et simplement la clause de réversibilité toutes les fois que ceux auxquels on veut assurer la continuation de la rente ont des droits éventuels, légaux ou contractuels, à la succession de l'époux donataire. Le conjoint survivant et les enfants issus du mariage recueillent alors nécessairement la rente dans le patrimoine de l'époux prédécédé; nul ne peut songer, dans ce cas, à leur contester la qualité d'ayant-cause de celui-ci.

Nous venons de déterminer la nature du droit à percevoir au cas de réversibilité, nous allons rechercher maintenant comment ce droit doit être assis et liquidé.

II.

D'après quelle base le droit de donation doit-il être liquidé?

La valeur d'une rente viagère étant déterminée, comme nous

Digitized by Google

l'avons dit, en vertu de l'art. 14 n° 9 de la loi du 22 frimaire an VII, par le capital que l'on obtient en multipliant par 10 le montant des arrérages, si nous supposons une rente viagère de 10,000 francs, la valeur de cette rente se trouve fixée à 100,000 francs, est-ce sur ce capital de 100,000 francs que doit être perçu le droit de donation dû par ceux qui sont appelés à profiter de la réversibilité?

L'administration le soutient, et, à première vue, cette prétention paraît fondée.

Nous choisirons comme exemple une rente viagère constituée en dot à l'un des futurs époux par ses père et mère et réversible au profit de son conjoint, mais il est évident que la personne du second bénéficiaire ne peut avoir aucune influence sur notre question.

La régie raisonne ainsi : le contrat de mariage dans lequel une rente viagère est constituée à la future épouse, par exemple, avec réversibilité au profit de son conjoint, renferme deux donations, l'une pure et simple au profit de la future épouse, qui doit supporter le droit de 1,25 0/0 lors de l'enregistrement du contrat, l'autre conditionnelle au profit du conjoint survivant, passible du droit de 6 0/0 le jour où la condition dont elle dépend, c'est-à-dire le prédécès du premier bénéficiaire de la rente, vient à se réaliser.

D'autre part, toute transmission de rente viagère donne lieu à la perception d'un droit calculé d'après l'art. 14 n° 9 de la loi du 22 frimaire an VII, or, comme il y a dans l'espèce deux donations, et, par suite, deux transmissions, chaque époux doit acquitter l'impôt pour la transmission qui s'opère à son profit, et chacune des deux mutations est passible d'un droit distinct calculé sur dix fois la rente.

Les deux droits sont dus par chaque époux sur la totalité de la rente sans qu'il puisse être question d'imputer ce qui a été payé par l'un sur ce que doit payer l'autre; la rente que recueille le mari au décès de sa femme a, en effet, la même nature et la même valeur au point de vue fiscal que celle qu'elle a elle-même recueillie; sans doute cette rente représente en fait un capital inférieur à celui qu'elle représentait à l'origine, mais, comme la

Digitized by Google

loi fiscale fait abstraction des circonstances de fait pour l'évaluation des rentes viagères, comme elle détermine la valeur de la rente notamment sans tenir compte ni de l'âge du bénéficiaire, ni de l'âge de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, il en résulte que l'impôt qui peut être réclamé au mari lors de la mort de sa femme est le même que celui qu'il aurait dû acquitter s'il avait recueilli la rente dès le jour du contrat de mariage.

L'argumentation que nous venons de résumer repose sur un principe que la régie admet, quoiqu'elle ne l'ait pas encore formulé dans ses instructions. Ce principe, c'est que les deux transmissions, dont nous reconnaissons nous-même l'existence, n'ont pas le même objet, c'est, en d'autres termes, que les donations contenues dans le contrat de mariage portent sur deux rentes complétement distinctes, la rente qui est constituée à la future épouse n'est pas la même que celle qui est attribuée au futur époux.

Ce principe nous paraît complètement inexact.

Il importe de remarquer la manière dont la rente viagère est constituée dans l'hypothèse que nous avons présentée comme le point de départ de cette étude. La rente viagère est constituée sur la tête du dernier vivant des donateurs, au profit de deux bénéficiaires appelés à en jouir successivement, l'un immédiatement, l'autre sous condition. C'est donc la vie du survivant des donateurs qui fixe la durée de la rente, en ce sens que la rente ne peut pas se prolonger au-delà de ce terme, quelque combinaison que l'on suppose; alors même que le conjoint survivant vivrait plus longtemps que le dernier des constituants, la rente s'éteindrait nécessairement au décès de celui-ci.

Or c'est cette rente, devant se prolonger pendant toute la vie des donateurs, qui est attribuée fractionnairement aux deux donataires, à la future épouse pour la portion qui sera perçue depuis le mariage jusqu'à son décès, si ce décès arrive l'un des donateurs vivant encore, et au futur époux pour la portion à recueillir soit depuis la mort de la future épouse jusqu'à son propre décès s'il a lieu aussi du vivant de l'un des donateurs, soit, dans le cas contraire, depuis la même époque jusqu'au prédécès du survivant des donateurs.

Digitized by Google

Sans doute si les deux donateurs viennent à mourir du vivant du premier donataire, celui-ci se trouvera avoir recueilli en fait la totalité de la rente, dont aucune partie n'appartiendra dans ce cas au futur époux, mais c'est parce que la rente ne sera éteint du chef des constituants avant l'époque à laquelle elle pouvait être transmise à celui-ci, c'est que le droit du futur époux à la rente étant soumis à une condition, celle de sa survie à son conjoint l'un au moins des donateurs vivant encore, le fractionnement de la rente se trouve lui-même conditionnel. Mais si la condition se réalise, si le futur époux survit à la future épouse du vivant des constituants, la rente se trouve avoir été fractionnée dans sa durée entre les deux donataires, le conjoint de l'époux prédécédé acquiert le droit de réclamer des donateurs les annuités à échoir jusqu'au décès du survivant d'eux.

Qu'on ne dise pas que la rente viagère est un être moral qu'on ne peut pas diviser; en réalité la rente viagère n'est pas autre chose qu'une créance d'un genre particulier, c'est le droit qu'une personne attribue à une autre personne, ou à plusieurs autres, d'exiger d'elle une série de protestations périodiques, dont le nombre, indéterminé à l'origine, sera fixé par le nombre d'échéances qui se succéderont entre la date de la création de la rente et celle du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. La somme des annuités comprises entre ces deux termes représente la valeur de la rente.

Ce droit d'exiger d'elle périodiquement une prestation pécuniaire pendant tout le temps qui s'écoulera entre la date de l'acte et celle du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente a été créée, la personne qui a constitué la rente peut l'attribuer soit à plusieurs donataires, soit à un seul; de plus, en l'accordant à plusieurs donataires, elle peut les appeler à jouir de ce droit soit concurremment, soit successivement l'un après la mort de l'autre.

Dans les deux cas, chacun des donataires n'acquiert qu'un droit fractionné, qu'une portion de la rente, qu'une partie de la valeur du droit créé à l'origine ; dans les deux cas, il se fait entre les ayant-droit un partage de la rente, soit que chacun d'eux recueille seulement du vivant de l'autre la moitié de chaque an-

Digitized by Google

nuité, ce qui est le cas des donataires conjoints, soit que l'un d'eux recueille en totalité toutes les annuités qui écherront jusqu'à sa mort, le donataire survivant ayant droit par contre en totalité également à toutes les annuités qui seront à payer à partir de cette époque jusqu'à l'extinction de la rente, ce qui est le cas de deux donataires successifs.

Cette décomposition de la rente viagère, une dans sa nature, mais divisée dans l'attribution qui en est faite, est conforme aux principes du Code civil, notamment à la disposition de l'article 1972.

Il ressort de cet article qu'une rente ne perd pas son caractère de rente viagère parce qu'elle a été constituée sur la tête de plusieurs personnes, qui, en se survivant les unes aux autres, sont appelées à en prolonger successivement la durée; pourvu que toutes les personnes dont s'agit vivent déjà à l'époque de la création de la rente, la rente conserve son caractère viager, parce que, même ainsi prorogée pendant plusieurs vies, elle ne dépasse pas la durée d'une vie humaine. Alors même que le premier bénéficiaire appelé à jouir de la rente décède et est remplacé par un autre, héritier *ab intestat*, légataire ou donataire, peu importe, la rente attribuée au nouveau bénéficiaire ou à tous les bénéficiaires successifs, ne serait pas une nouvelle rente, mais toujours la rente primitive transmise et conservée par la vertu de son mode de constitution et les conditions particulières assignées à son existence.

Le tribun Duveyrier exprimait cette idée dans les termes suivants à l'occasion de l'art. 1972 : « La rente peut être constituée « pour en conserver la jouissance à soi et aux siens jusqu'à « l'extinction de toutes les têtes qui en entretiennent et prolongent « la durée. »

C'est donc bien la même rente qui, après avoir été servie pendant un certain temps au premier donataire, est perçue par le second après la mort de celui-ci.

Quelles conséquences faut-il tirer au point de vue fiscal de cette interprétation fondée sur la loi civile? Quels droits le Trésor peut-il exiger des bénéficiaires successifs de la rente?

Il faut pour répondre à cette question se reporter au texte de

Digitized by Google

l'art. 14 nº 9 de la loi du 22 frimaire an VII. Cet article dispose que la valeur d'une rente viagère créée sans expression de capital est représentée par dix fois la rente « sans distinction entre les rentes créées sur une ou plusieurs têtes. »

Ainsi que la rente soit constituée sur la tête d'une seule personne, ou sur la tête de plusieurs qui en prolongent successivement la durée, la loi fiscale attribue toujours la même valeur à la rente, elle fixe à dix fois le revenu, dans un cas comme dans l'autre, l'importance de la valeur qui sort du patrimoine du constituant. C'est cette valeur qui est *l'objet de la mutation* et qui constitue, par suite, la matière *imposable*.

On objecte que la règle de l'art. 14 nº 9 de la loi de frimaire ne concerne que le mode d'évaluation de la rente, qu'elle ne modifie pas les règles sur la transmission. Si l'évaluation de la rente, dit la Régie, ne comporte pas de distinction selon qu'elle est créée sur une ou plusieurs têtes, il en est autrement de ses transmissions. Quand la rente passe de mains en mains par l'effet de dispositions distinctes et successives, il s'opère autant de mutations différentes, et chacune d'elle donne ouverture à l'impôt; or dans le cas de réversibilité dont il s'agit ici, la rente est d'abord attribuée à la future épouse, puis transmise après sa mort au futur époux, il y donc deux mutations, et, par suite, chacune d'elle est passible d'un droit distinct calculé sur dix fois la rente.

Nous reconnaissons que l'art. 14 nº 9 de la loi du 22 frimaire an VII ne modifie pas les règles relatives à la transmission ; oui il y a dans notre hypothèse deux transmissions, l'une qui s'opère des constituants à la future épouse, l'autre du constituant au futur époux ; par suite, il est nécessairement dû deux droits de mutations, mais il est inexact que le droit à percevoir sur chaque mutation doive être calculé sur dix fois la rente.

La Régie règle la perception comme s'il s'agissait de deux rentes distinctes attribuées séparément et en totalité à chacun des bénéficiaires, c'est contre cette idée que nous protestons. Nous croyons avoir établi qu'il n'y a pas dans notre hypothèse deux rentes distinctes, ayant chacune leur individualité propre, mais une seule et même rente attribuée à deux personnes appe-

Digitized by Google

lées chacune à en jouir temporairement, c'est-à-dire l'une, pendant le temps qui s'écoulera entre la date du contrat et celle de son décès survenu du vivant des constituants, et l'autre pendant l'intervalle compris entre cette dernière époque et celle du prédécès des constituants.

L'attribution faite aux deux bénéficiaires porte sur *deux fractions de la même rente*, et offre seulement ceci de particulier, qu'elle est pure et simple pour l'un et conditionnelle pour l'autre.

Il y a, il est vrai, deux mutations, en ce sens qu'il y a deux attributaires ; mais pour fixer la quotité des droits à percevoir, il faut considérer l'objet de chaque mutation, la Régie exprime la valeur de cet objet pour chaque mutation en multipliant la rente par dix, c'est, selon nous, mal comprendre et mal expliquer la règle de l'art. 14 n° 9 de la loi de frimaire ; la somme que l'on obtient en multipliant la rente par dix ne représente pas la *valeur acquise* par chacun des bénéficiaire, mais la *valeur aliénée* par le constituant au profit des deux donataires réunis. En d'autres termes, percevoir l'impôt à chaque mutation sur la rente multipliée par dix, c'est procéder comme si chaque mutation avait pour objet la totalité de la rente alors qu'elle ne porte que sur une portion.

Ajoutons que chacun des donataires acquérant une portion différente de la rente, exiger de chacun d'eux le droit sur la totalité, c'est en réalité frapper deux fois la même valeur, contrairement au principe qu'une même mutation ne peut pas être soumise deux fois à l'impôt.

En définitive, les deux époux donataires n'ayant recueilli chacun qu'une partie de la rente, il y a lieu de rechercher, pour percevoir l'impôt, la valeur relative de la portion attribuée à chacun d'eux par rapport à la valeur que l'art. 14 n° 9 de la loi de frimaire assigne à la rente en totalité. La proportion dans laquelle les deux portions se trouvent entre elles, étant déterminée, on appliquera le mode d'évaluation de la loi de frimaire pour fixer la valeur relative de chacune d'elle par rapport à la valeur totale, et l'on percevra l'impôt d'après le tarif particulier à chacun des bénéficiaires, c'est-à-dire à 1,25 0/0 pour la portion

Digitized by Google

recueillie par la future épouse, et à 6 0/0, pour la portion attribuée au futur époux.

En fait ce mode de perception ne peut pas être suivi à l'origine; au moment du contrat de mariage on ne sait pas à quelle époque mourra l'époux premier donataire, on ne sait même pas si son conjoint lui survivra et recueillera jamais une partie de la rente, il est donc impossible de percevoir l'impôt divisément sur une rente qui ne sera peut être jamais fractionnée; l'époux premier bénéficiaire, devra donc à l'origine acquitter le droit sur la totalité de la rente, et si la condition qui doit donner ouverture au droit de l'autre époux se réalise, c'est-à-dire si l'époux premier donataire prédécède du vivant des constituants, on appliquera alors notre théorie au moyen de l'imputation : l'époux survivant impute sur ce qu'il doit payer pour la portion de rente qu'il recueille, ce que son conjoint prédécédé a déjà payé par cette même portion et qui se trouve ne lui avoir jamais appartenu.

Il est donc nécessaire de déterminer d'abord la valeur de la portion de rente qui se trouve dévolue à l'époux survivant, pour fixer l'importance du droit applicable à la transmission qui s'opère à son profit ainsi que l'étendue de l'imputation qu'il peut réclamer.

Comment fixer cette valeur? La loi n'indiquant pas de procédé pour faire cette évaluation partielle, on se trouve dans le cas prévu par l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an VII, d'après lequel les parties sont autorisées à évaluer elles-mêmes, par une déclaration estimative, les biens dont la valeur n'est pas déterminée légalement, sauf le droit pour l'administration de critiquer cette évaluation en faisant la preuve nécessaire.

En vain on dirait que cette solution fait renaître les difficultés que le législateur a voulu prévenir en édictant la règle contenue dans l'art. 14 n° 9 de la loi de frimaire, car notre cas n'est pas le seul où il y a lieu de recourir à une déclaration estimative en matière de rente viagère.

N'est-il pas de jurisprudence aujourd'hui que lorque des biens de communauté ont été aliénés moyennant une rente viagère réversible sur la tête et au profit du survivant des époux, la rente appartient à l'époux qui survit, mais à charge par lui de

Digitized by Google

payer à la communauté une récompense, laquelle, à défaut de déclaration estimative des parties, s'évalue, pour la perception du droit d'enregistrement, d'après les circonstances d'ancienneté du contrat, l'âge et la santé du survivant, etc..., et non pas par le capital constitué, ou, à défaut de capital constitué, par le capital au denier dix de la rente. Villefranche, 23 août 1878, *contr.* 16224.

De même, lorsqu'une vente d'immeubles est faite soit moyennant une rente viagère au profit du vendeur, soit à charge de servir à un tiers une rente de cette nature, le droit doit être perçu sur le capital de la rente tel qu'il est évalué par les parties, et si cette évaluation n'est pas exprimée dans le contrat, le receveur est tenu avant l'enregistrement de requérir des parties la déclaration estimative du capital de la rente dans la forme prescrite par l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an VII. Instr. adm. enreg. 24 déc. 1836, Dall. *Cod. Enreg.*, 3023 et 2532 et suiv.; voyez aussi Garn. *Rép.*, 17697 et 3560.

La Cour de cassation a jugé aussi dans le même sens, que si le vendeur d'un immeuble charge un acquéreur, outre son prix, de servir à son lieu et place une rente viagère, précédemment créée par lui, vendeur, au profit d'un tiers, il y a lieu pour évaluer cette charge, non à l'application de l'art. 14 n° 9 de la loi de frimaire, mais à une déclaration estimative des parties. Req. 21 déc. 1829, Dall. *Rép.*, v° Enreg., 4414.

Jetons maintenant un rapide coup d'œil sur les précédents judiciaires qui se rapportent à la réversibilité proprement dite.

La vérité est que notre question est neuve en jurisprudence, elle se présente aujourd'hui pour la première fois devant la Cour de cassation, et, à l'exception d'un jugement tout récent du tribunal de Douai, les décisions dont on se prévaut dans un sens ou dans l'autre n'ont point statué sur la question dont il s'agit ici.

Le plus important document apporté dans cette controverse est un arrêt déjà cité de la Cour de cassation du 27 mai 1872, rendu sur pourvoi formé contre le jugement du tribunal de St-Omer du 7 mai 1869.

L'espèce qui a fait l'objet de ces deux décisions est presque identique à la nôtre, elle ne s'en distingue que par des diffé-

Digitized by Google

rences de détail qui sont sans intérêt pour la solution de la difficulté. Aux termes du contrat de mariage des époux de Hautecloque, M. et Mme Colbert, père et mère de la future épouse, constituèrent en dot à celle-ci et sur leur tête, une pension viagère de 10,000 francs, avec déclaration que ladite pension serait réversible, au cas de prédécès de la donataire, jusqu'à concurrence de moitié, au profit du conjoint survivant, et de l'autre moitié au profit des enfants à naître. La future épouse étant décédée laissant un enfant, du vivant des donateurs, un conflit s'éleva entre l'administration et les parties sur le point de savoir quelle espèce de droit pouvait être demandé aux nouveaux bénéficiaires de la rente. L'Administration réclama le droit de donation aussi bien à l'enfant de l'époux prédécédé qu'au conjoint survivant.

Le tribunal de St-Omer accueillit cette prétention à l'égard de l'époux survivant et déclara, comme nous l'avons dit, que la réversion ne constituait pas une convention entre époux, mais une donation des parents de la future à leur gendre. Quant à l'enfant, le tribunal repoussa la demande, en se fondant sur ce que l'Administration avait renoncé à toute réclamation vis-à-vis de lui par une solution notifiée aux parties avant le procès. L'époux survivant déféra ce jugement à la Cour de cassation, toujours à l'effet de faire juger que la disposition litigieuse était non une donation directe des constituants, mais une convention entre associés. La Régie soutint le débat sur ce terrain et la Cour de cassation, statuant sur l'unique question dont elle se trouvait saisie, rejeta le pourvoi et valida, par suite, la contrainte décernée contre le demandeur en paiement du droit proportionnel de donation.

Après cette analyse de l'espèce, on reconnaîtra sans peine que ces deux décisions touchent une toute autre question que celle qui s'agite ici. La seule question soumise au tribunal de St-Omer et à la Cour de cassation était celle de savoir de quelle espèce de droit était passible la mutation opérée au projet de l'époux survivant par suite de la réversion: l'un et l'autre décident que celui-ci, tenant son titre des constituants, doit acquitter le droit de donation par contrat de mariage; c'est la solution de la première question examinée dans cet article; ce point n'est plus

Digitized by Google

ici en discussion, ce dont il s'agit dans notre hypothèse, c'est de savoir si le droit de donation auquel est soumis l'époux survivant, qui bénéficie de la réversion, doit être perçu sur la totalité de la rente et se cumuler, par suite, avec le droit de même nature déjà payé par l'époux prédécédé, ou si, au contraire, le droit de donation ne doit être perçu que sur ce qui reste de la rente au moment où s'ouvre le droit de l'époux survivant avec déduction de la somme déjà payée par l'époux prédécédé pour cette même fraction. En résumé, il ne s'agit pas de savoir quelle espèce de droit doit être perçu, mais de quelle manière et d'après quelle base il doit être liquidé, il ne s'agit pas d'une question de tarif, mais d'une question de quotité et d'imputation.

Les mêmes observations s'appliquent à d'autres décisions sur lesquelles on appuie la théorie que nous combattons, notamment à un jugement du tribunal de Laon du 17 janvier 1878, J. E. 20753, et du tribunal d'Avesnes du 9 août 1898, J. E. 20846.

Un jugement du tribunal de Douai du 18 novembre 1887, encore inédit, est le seul, comme nous l'avons dit, qui ait eu à se prononcer sur le fractionnement résultant de la réversibilité et sur l'imputation qui en est la conséquence. Ce jugement décide que la clause de réversibilité autorise l'Administration à percevoir un second droit de mutation, au décès de l'époux prédécédé, sur la totalité de la rente, tout en reconnaissant que cette même clause a pour effet de fractionner la rente en deux parties attribuées divisément à chacun des donataires. Ce que nous ne pouvons surtout expliquer, c'est que le tribunal déclare « qu'il « n'y a pas lieu de déterminer dans quelle proportion les deux « fractions de la rente viagère... sont entre elles, la loi ayant « fixé elle-même cette proportion. » Mais d'abord, dirons-nous, où la loi a-t-elle fixé cette proportion? Nulle part! Il lui était d'ailleurs impossible de la fixer. En outre si chaque donataire ne recueille qu'une partie de la rente, comment peut-il être tenu de payer le droit sur la totalité?

Nous pouvons du reste nous prévaloir de décisions intervenues sur une hypothèse voisine de la nôtre.

La jurisprudence ne décide-t-elle pas que lorsqu'un « usufruit « est légué conjointement à plusieurs légataires, il y a lieu, au

Digitized by Google

« décès de l'un d'eux, à accroissement au profit des autres, et « que si ceux-ci sont à un degré plus éloigné de parenté avec « le testateur que leur colégataire décédé, ils doivent seulement, « pour cet accroissement qui s'opère à leur profit, un supplément « de droit basé sur cette différence de parenté. » Pontoise, 31 déc. 1870, J. E. 19520; Pau, 3 janv. 1878, *contr.* 15946.

C'est précisément ce que nous soutenons ici : le mari survivant ne doit pour la portion de rente qu'il recueille, au décès de sa femme, que la différence entre le droit de 1,25 0/0, payé par celle-ci, en sa qualité d'enfant du constituant, pour cette fraction de la rente dont elle n'a pas joui, et le droit de 6 p. 0/0, auquel le mari est soumis comme donataire étranger.

Plus spécialement le tribunal de la Seine a jugé que lorsqu'une rente viagère a été léguée conjointement à deux époux communs en biens, il n'est pas dû un nouveau droit de mutation au décès du premier mourant, encore bien que le testateur ait qualifié de réversible la rente léguée, « qu'en disant que la rente serait « *réversible* sur la tête de X..., le testateur voulait évidemment « dire que la rente *continuerait à exister* sur la tête de celui-« ci;... que, dans ces circonstances, une seule rente ayant été « léguée *cumulativement* aux deux époux, un seul droit de muta-« tion était dû. » Ce jugement décide qu'il n'est pas dû un nouveau droit de mutation au décès du premier mourant, parce que dans l'espèce le donataire survivant se trouvait au même degré de parenté que le donataire prédécédé, et que dès lors il ne pouvait pas être question d'imputation; mais c'est bien notre principe qui est appliqué. (Seine, 5 mai 1865, Sir. 62.2.97).

Il est vrai qu'il s'agissait dans cette espèce de bénéficiaires appelés conjointement, et non pas comme dans notre hypothèse successivement; mais, malgré l'importance que certains auteurs attribuent à cette circonstance (*Dict. des red.*, v° Réversion n° 148), nous ne croyons pas qu'elle autorise une solution différente dans notre cas. Le motif qui s'oppose au cumul des deux droits est le même dans les deux hypothèses; ce motif nous l'avons déjà indiqué, c'est la règle qui ne permet pas à la loi fiscale de frapper deux fois la même mutation.

Notre question s'est présentée en Belgique, l'Administration

Digitized by Google

l'a résolue conformément à notre théorie dans une déclaration du 16 octobre 1865, dont voici les termes :

« Considérant que, d'après l'art. 14 n° 9 de la loi du 22 fri-
« maire an VII, la liquidation du droit proportionnel pour les
« rentes et pensions créées sans expression de capital, s'opère à
« raison d'un capital formé de dix fois la rente viagère ou la pen-
« sion, et que d'autre part, il ne doit être fait aucune distinction
« entre les rentes viagères et pensions créées sur une tête et
« celles créées sur plusieurs têtes, quant à l'évaluation; qu'en
« s'occupant des rentes créées sur plusieurs têtes, *la loi ne dis-*
« *tingue pas non plus entre les rentes constituées au profit de*
« *plusieurs personnes pour en jouir conjointement et celles dont*
« *elles ne sont appelées à jouir que les unes après les autres;*
« que, dans ces diverses hypothèses, la loi ne considère la cons-
« titution d'une rente viagère ou pension à titre gratuit, que
« comme formant une disposition unique qui donne ouverture
« à un seul droit liquidé d'après une évaluation uniforme; *qu'en*
« *cas de jouissance successive, il n'y a qu'une seule rente* dont
« la durée est réglée par la vie du dernier de ceux qui sont
« appelés à en profiter, et que la création de cette rente ayant
« subi à l'origine la perception dont elle était susceptible, aucun
« droit nouveau ne peut s'ouvrir au profit du Trésor par la réa-
« lisation des hypothèses qui sont entrées dans les prévisions du
« donateur de la rente viagère ou de la pension.»

L'Administration belge déclare qu'il n'est dû aucun droit nouveau par le second bénéficiaire, parce que dans l'espèce le second bénéficiaire se trouvait au même degré de parenté du constituant que le premier, or l'impôt ayant été perçu à l'origine sur la totalité de la rente, il ne pouvait être rien réclamé pour la fraction de rente recueillie par le donataire universel.

Nous sommes arrivés à cette conclusion, que, lorsque les deux donataires appelés à jouir de la rente successivement ne sont pas soumis au même tarif, le donataire survivant, et qui bénéficie de la réversibilité, peut imputer sur ce qu'il doit payer pour la portion de rente qu'il recueille, ce que le donataire prédécédé a déjà payé pour cette même portion.

Cette thèse trouve encore un point d'appui dans le principe

Digitized by Google

édicté par l'avis du Conseil d'État du 10 septembre 1808 pour les libéralités secondaires.

On sait que d'après cette décision, qui a force légale, lorsqu'une personne institue un légataire universel, par exemple, et fait ensuite un ou plusieurs legs particuliers, il n'est pas dû deux droits, l'un par le légataire universel pour la totalité de la succession et l'autre par les légataires particuliers pour les biens qu'ils recueillent; le légataire universel a le droit d'imputer sur la somme qu'il verse ce qui a été déjà payé par les légataires particuliers, et le motif que le Conseil d'État donne de cette imputation, c'est que le même objet ne saurait être assujetti à deux droits de mutation: « Le droit proportionnel qui est perçu remplit « le vœu de la loi puisqu'il porte sur la totalité de la succession. »

Nous n'irons pas jusqu'à dire, malgré les analogies, que la donation opérée au profit du second bénéficiaire, par l'effet de la réversibitité, est une donation secondaire [1]; la donation secondaire suppose, en effet, une disposition portant sur un obje compris réellement ou fictivement dans une disposition principale, comme la partie est comprise dans le tout; la réversibilité ne présente rien de semblable, il est impossible de considérer la portion de rente viagère recueillie par le donataire survivant comme une partie de la chose transmise au donataire prédécédé, puisque celui-ci n'a pas acquis la totalité de la rente, mais seulement une fraction complétement distincte de celle qui échoit au donataire survivant. Mais il n'en est pas moins vrai que le mode de perception que nous proposons en matière de réversibilité est essentiellement conforme au principe qui sert de base à l'avis du Conseil d'État du 10 septembre 1808 en matière de donations secondaires. Dans notre cas aussi on peut dire que le même objet ne saurait être assujetti à deux droits de mutation, et que le droit proportionnel qui est perçu « remplit le vœu de la loi » puisqu'il est perçu sur la totalité de la rente.

H. LAMACHE.

[1] M. Demante fait remarquer que l'avis du Conseil d'État, quoique statuant en matière de legs, doit être appliqué, par identité de motifs, aux donations secondaires; la pratique est conforme à cette opinion. (Demante, *Principes*, II, n° 666).

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

CODE DE PROCÉDURE CIVILE POUR L'EMPIRE D'ALLEMAGNE (30 janvier 1877) [1].

Traduit et annoté par M. E. Glasson, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ; M. E. Lederlin, doyen de la Faculté de droit Nancy ; M. E.-R. Dareste, avocat à Bourg, docteur en droit.

Compte-rendu par M. Arnal, avocat à la Cour d'appel.

Le Comité de législation étrangère a fait dans ses publications une large part aux lois allemandes. Sur huit ouvrages parus on compte aujourd'hui quatre traductions de lois allemandes. Après le Code de commerce et la loi sur le change, le Code de procédure pénale et le Code d'organisation judiciaire allemands [2], le Code de procédure civile vient compléter plus spécialement ces deux derniers. Cette préférence s'explique suffisamment par l'intérêt que ne peut manquer d'offrir une législation récente, dont la reconstitution intégrale a été poursuivie avec la ténacité qui est comme la marque distinctive du génie de nos voisins.

Dès que l'utilité d'une création nouvelle, d'une transformation importante leur est démontrée, ils marchent droit au but sans s'en laisser détourner et l'atteignent par une continuité d'efforts qui n'exclut chez eux ni la prudence ni un sérieux examen.

Lorsque l'union douanière fut établie entre les États de l'Allemagne dont elle préparait l'union politique, le Code de commerce fut aussitôt élaboré et paraissait en 1869. L'empire une fois proclamé, l'unité de législation devait suivre. La nécessité s'imposait aux yeux des jurisconsultes et des hommes politiques de faire cesser les diversités dans l'organisation judiciaire et dans la procédure et de constituer un régime légal plus conforme au nouvel état de choses. On se mit à l'œuvre sans tarder.

[1] Paris, imprimerie nationale, 1887. — F. Pichon, éditeur.

[2] Code de commerce allemand de 1869 et loi allemande sur le change traduits et annotés par MM. G. Gide, Ch. Lyon-Caen, J. Flach et J. Dietz, 1 vol. in-8. Code de procédure pénale allemand par M. F. Daguin, 1 vol. in-8. Code d'organisation judiciaire allemand de 1877, traduit et annoté par M. L. Dubarle, 2 vol. in-8.

Digitized by Google

Dès le 8 mai 1871 le Conseil fédéral nommait une commission composée de dix jurisconsultes chargée de l'élaboration d'un projet de Code de procédure civile. Cette commission, présidée par M. Léonhardt, ministre de la justice de Prusse, avait accompli sa tâche moins d'un an après en mars 1872, et son œuvre était aussitôt soumise au Conseil fédéral. Discuté et révisé, ce projet était après de nouvelles études publié en 1874, soumis au Reichstag, qui le votait le 16 décembre 1876, et promulgué dans tout l'empire le 30 janvier 1877. D'autres lois spéciales sont venues depuis compléter ce Code de procédure, celle du 18 juin 1878 réglant les frais de justice, *Gerichtsgebühren*, une ordonnance du 28 septembre 1879 sur la révision suivie d'une loi sur la même matière du 15 mars 1881. Deux autres lois peuvent encore, en raison de leur objet, se rattacher au Code de procédure, celle du 1er juillet 1878, réorganisant la profession d'avocat-avoué, et une autre du 29 mars 1879, créant pour toute la Prusse des arbitres spéciaux destinés à remplir l'office de nos juges de paix en conciliation. Mais nous ne nous occuperons pas de ces diverses lois qui ne figurent pas dans le volume édité par le Comité de législation étrangère, lequel est uniquement consacré au Code de procédure civile, promulgué en 1877. Ce Code composé de 872 articles se divise en dix livres. Le premier, sous le titre de *Dispositions générales*, se subdivise lui-même en trois sections. La première traite des tribunaux, de leur compétence *ratione materiæ* ou *ratione personæ*, de la prorogation de juridiction, de l'exclusion et de la récusation des magistrats. La seconde s'occupe *des parties*, de la capacité d'ester en justice, des droits des personnes cointéressés dans l'instance, de l'intervention et de la garantie, de la représentation en justice par avocats-avoués ou par autres mandataires, de l'obligation au paiement des dépens, de la caution *judicatum solvi* et enfin de l'assistance judiciaire.

Dans ces deux sections nous relèverons seulement les cas de dérogation à la règle *actor sequitur forum rei* que les articles 31 et 32 du Code allemand admettent dans une mesure plus étendue que ne font la loi française et la loi italienne; nous remarquons aussi que dans la loi allemande la caution *judicatum solvi*, art. 102, garantit seulement le paiement des frais de

Digitized by Google

l'instance, mais nullement celui des dommages-intérêts qui pourraient résulter du procès, comme le font le Code civil français et le Code de procédure de Genève.

Enfin les fonctions d'avocat et d'avoué sont réunies, mais leur ministère n'est nécessaire que devant les tribunaux régionaux et les tribunaux supérieurs.

La section III du livre 1er règle les formes de la procédure et à ce titre constitue la partie la plus importante de tout le Code. On y trouve fixés les principes généraux du système de procédure adopté par le nouveau Code, qui à la vérité s'écartent rarement de ceux qui dominent notre loi française. Les points sur lesquels la loi allemande diffère de notre Code de procédure, portent plutôt sur des questions secondaires ou sur le mode d'application, et les éditeurs ont pris soin de ne laisser passer aucune de ces divergences sans les signaler.

Ce serait un éloge banal et superflu que de dire de ce volume qu'il est fait avec le soin et la science qu'on est habitué à rencontrer dans les publications du comité de législation étrangère ; mais nous pouvons ajouter que cette fois les éditeurs se sont montrés particulièrement prodigues de notes explicatives et que les rapprochements qu'ils établissent entre la législation allemande et les procédures française, italienne et suisse, rendront cette utile comparaison des plus faciles aux lecteurs et augmenteront singulièrement l'intérêt du livre.

Contrairement à ce qui existait en Allemagne depuis le XVe siècle et adoptant le système du Code hanovrien de 1850, le nouveau Code décide que le débat est oral (art. 119) ; il admet bien cependant les écritures préparatoires dont il fait l'énoncé (art. 121) et parmi lesquelles figurent les conclusions que la partie se propose de prendre à l'audience, mais il n'est pas question de qualités à poser, et ces conclusions écrites ne lient pas le tribunal qui n'aura à statuer que sur les moyens et conclusions produits de vive voix à l'audience par les avocats-avoués ou par les parties elles-mêmes. Ainsi les écritures préparatoires, les conclusions n'ont pas pour effet de circonscrire le débat et ne peuvent en aucune manière suppléer à la discussion orale. Les derniers articles de la section III ont trait à l'interruption et à la suspen-

Digitized by Google

sion de l'instance. En dehors du décès de la partie qui interrompt l'instance, sans qu'une notification de ce décès soit nécessaire comme elle l'est en France, les causes d'interruption d'instance sont beaucoup plus nombreuses dans le Code allemand que dant le nôtre, et peuvent naître du fait du service militaire en temps de guerre, d'un changement d'état, ou d'un empêchement fortuis que le tribunal est libre d'apprécier.

Le livre II a pour titre De la procédure de premiere instance. Il est divisé en deux sections dont la première traite de la procédure devant les tribunaux régionaux (*Landgerichte*) et la seconde de la procédure devant les tribunaux de bailliage (*Amtsgerichte*).

C'est le tableau des différentes phases de la procédure jusqu'au jugement. L'art. 247 énumère les exceptions tendant à empêcher le procès, (*prozesskindernde Einreden*) qui répondent à nos exceptions dilatoires, mais qui sont dans la procédure allemande plus nombreuses. D'une manière générale il est dit que ces exceptions doivent être proposées dès le début du procès; après le commencement de la procédure orale du défendeur sur le fond, celui-ci ne peut plus proposer d'exceptions dilatoires, à moins qu'elles ne soient de telle nature que le défendeur n'ait pas le droit d'y renoncer ou bien, ajoute l'art. 247, que le défendeur rende *vraisemblable* que sans aucune faute de sa part il n'était pas en état de les proposer avant sa défense au fond.

Aux termes de l'art. 262, *l'effet de l'aveu judiciaire n'est pas affaibli par ce fait qu'il est accompagné d'une assertion qui constitue par elle-même un moyen d'attaque ou de défense. Les circonstances de chaque affaire feront décider dans quelle mesure une reconnaissance faite en justice peut être considérée comme un aveu, quoique accompagnée d'assertions additionnelles ou restrictives.* Voilà une doctrine absolument contraire au principe de l'indivisibilité de l'aveu consacré par notre art. 1356. De cet art. 262, comme de l'art. 247 que nous citions plus haut, ressort bien la tendance de la loi allemande à laisser à l'appréciation du juge une latitude que ne lui accorde pas en ces matières notre Code de procédure. C'est dans ce même ordre d'idées que l'art. 264 établit que *les faits notoires pour le tribunal n'ont*

Digitized by Google

pas besoin d'être prouvés. Il semble dangereux que la partie adverse ne soit pas admise à contester cette notoriété, et c'est à notre avis la rendre suspecte, en diminuer la force, que de permettre au juge de l'affirmer souverainement sans contradiction possible.

C'est aussi au désir de donner à la justice une apparence en quelque sorte patriarcale et protectrice, qu'il faut attribuer la disposition que la loi allemande inscrit dans l'art. 268 qui permet au tribunal, *en tout état de cause,* d'essayer de concilier les plaideurs sur tout ou partie du procès, ou de les renvoyer devant un juge commis ou requis pour la tentative de conciliation.

Nous ne partageons pas à cet égard le sentiment des éditeurs qui louent le Code allemand d'avoir ainsi *organisé la conciliation plus simplement et autrement que le Code français.* Nous reconnaissons qu'il est excellent de concilier les parties si faire se peut, et que l'intervention du juge, son initiative exercera une influence souvent heureuse sur les dispositions des plaideurs en les éclairant sur leur véritable intérêt. Mais nous craignons que ces avantages soient amplement compensés par de réels dangers. En France la tentative de conciliation constitue le préliminaire de l'instance, elle est portée devant le juge de paix compétent qui dans la plupart des cas, c'est-à-dire dans les affaires de quelque importance, ne sera pas juge du procès, si la conciliation échoue. Cette tentative n'est à la vérité pas prise au sérieux par les parties qui sont assez disposées à la considérer comme une simple formalité, il est permis de le regretter; car c'est à ce moment, au début du procès, avant les écritures préparatoires qui vont souvent l'irriter, alors que les juges qui auront à statuer ne sont pas encore saisis et ne connaissent rien du litige, que la conciliation aurait le plus de chance d'aboutir, que son succès offrirait le plus d'intérêt. Son insuccès en tous cas ne peut avoir aucune conséquence fâcheuse pour les plaideurs. Les choses restent en état, comme les droits de chacun. En est-il de même lorsque la procédure a suivi son cours? Les conclusions ont été prises, le tribunal en a connaissance; s'il prend l'initiative d'engager les parties à se concilier, ou s'il les renvoie devant un juge commis à cet effet, n'est-ce pas

Digitized by Google

là pour le demandeur une désapprobation de l'action qu'il a engagée, et s'il se refuse à la conciliation, n'aura-t-il pas lieu de craindre que le tribunal se trouve indisposé contre lui? S'il se prête à la conciliation, ne conservera-t-il pas l'intime pensée qu'il a cédé à une sorte d'intimidation exercée sur lui? La loi française est plus sage à notre sens, plus conforme aux règles de justice en plaçant la tentative de conciliation au début de l'instance. Il faut craindre, en voulant protéger à l'excès le plaideur contre lui-même, de compromettre le respect et la confiance que doivent lui inspirer les juges, et puisque les parties n'ont pas pu ou n'ont pas voulu se concilier, c'est leur droit d'avoir sentence comme c'est le devoir du juge de rendre justice. Une nouvelle tentative de conciliation, faite par le tribunal, lorsque l'affaire est en état d'être jugée, lorsqu'il a pu apprécier les moyens des parties, revêtira le plus souvent, et pas toujours à tort, les apparences d'une pression sur l'une ou l'autre des parties en cause. Ces conciliations tardives, quoiqu'elles ne soient pas prescrites par notre loi, se produisent parfois devant nos tribunaux et, par leur influence; nous les trouvons regrettables en principe, elles laissent au moins à l'une des parties, souvent aux deux les impressions les plus fâcheuses sur l'intégrité des magistrats. Leur intervention en vue d'une conciliation ne peut se produire qu'au moment indiqué par la loi française, *in limine litis*, les débats une fois engagés, c'est aux conseils des parties, à leurs avocats qu'il convient de laisser l'initiative de conciliation, qu'on ne saurait trop recommander à leur attention. Pour nous résumer, et sans méconnaître les bonnes intentions de la loi allemande, nous préférons la réserve de la loi française en fait de conciliation, et nous désirons vivement voir les magistrats s'en tenir aux règles prudentes qu'elle a établies. La procédure allemande compte trois sortes de décisions: à côté des jugements, *Urtheile*, et des ordonnances, *Verfügungen*, l'art. 271 place les décrets, *Beschlüsse*. Le traducteur s'excuse de n'avoir pas trouvé d'autre terme français que celui de *décret* pour rendre la signification du mot *Beschluss* qu s'applique à une décision qui nous semble tenir à la fois de notre ordonnance et d'un jugement préparatoire; elle n'intervient en effet qu'au cours d'un procès et pour en faciliter l'instruction, elle

Digitized by Google

n'a pas l'autorité de la chose jugée, ne lie pas le tribunal; du reste, et c'est ce qui le distingue absolument de notre jugement préparatoire, le *Beschluss* n'a pas besoin d'être lu à l'audience et est signé seulement par un seul des juges du tribunal.

Contre les jugements par défaut la loi allemande admet comme la nôtre l'opposition; mais que le défaut soit rendu contre partie, c'est-à-dire faute d'avoir constitué avoué ou d'avoir comparu, ou qu'il soit rendu contre avoué faute de conclure, elle institue un même délai, deux semaines pour faire opposition à partir du jour de la signification du jugement, délai que les juges peuvent augmenter lorsque la signification doit être faite en pays étranger ou par une publication.

Après avoir passé en revue les diverses sortes de preuves, en avoir réglé la procédure ainsi que celle à suivre devant les tribunaux de bailliage qui ont, au moins au civil, la plus grande ressemblance avec nos justices de paix, le Code de procédure s'occupe des voies de recours qui font l'objet du livre III.

Ce sont l'appel, la revision et le pourvoi. Sur l'appel nous dirons seulement que le délai est d'un mois à partir de la signification du jugement, mais que l'appel est nul s'il est interjeté avant cette signification, art. 477. Chez nous l'appelant est tenu de laisser passer les huit jours qui suivent le prononcé du jugement, passé ce délai il lui est permis de prendre les devants et de faire appel sans même attendre la signification du jugement. La revision correspond à notre recours en cassation dont elle diffère cependant en plus d'un point. La juridiction n'est pas une comme notre Cour de cassation. La loi d'organisation judiciaire allemande de 1877 a bien établi un tribunal suprême, *Reichsgericht*, qui siège à Leipsig, mais cette cour suprême ne s'impose pas nécessairement à tout l'empire, et aux termes de la loi de 1877 tout État qui possède plusieurs tribunaux d'appel est autorisé à avoir aussi une juridiction suprême qui, dans la plupart des cas, connaîtra des demandes en révision à l'exclusion du *Reichsgericht*.

La demande en revision ne peut porter que sur une décision définitive rendue en instance d'appel par un tribunal d'appel.

Digitized by Google

Ainsi la voie de la revision n'est pas ouverte contre les jugements des tribunaux régionaux ou des tribunaux de bailliage même rendus en dernier ressort, chez nous au contraire les jugements des tribunaux d'arrondissement et même ceux des juges de paix qui ne sont pas susceptibles d'appel peuvent être déférés à la Cour de cassation. Il faut aussi, pour que la demande en revision soit recevable, que la valeur de l'objet du recours soit supérieure à 1.500 marks. De même que pour l'appel, le délai pour former la demande en revision est d'un mois à partir de la signification du jugement.

La revision ne portant que sur la question de droit, le tribunal suprême, tout comme notre Cour de cassation, doit accepter, pour sa décision, les faits tels qu'ils sont judiciairement constatés par le jugement attaqué. Mais, tandis que notre Cour de cassation, si elle casse un arrêt ou un jugement, renvoie l'affaire devant une juridiction de même degré, autre que celle qui a statué la première fois, en Allemagne le renvoi saisit de nouveau et nécessairement le tribunal même qui a rendu la décision cassée. Celui-ci est tenu de se conformer sur la question de droit à la décision du tribunal suprême, mais quant aux faits il en conserve la souveraine appréciation, comme il l'a eue lors de la précédente instance, d'où cette conséquence singulière que le même tribunal supérieur pourrait, la seconde fois, refuser d'admettre des circonstances de fait qu'il aurait déclarées avérées la première fois. En outre de cet inconvénient, il semble que ce renvoi devant le tribunal, dont l'arrêt vient d'être cassé avec injonction de changer de jurisprudence, comporte une sorte de leçon brutale s'accordant difficilement avec l'indépendance du magistrat. Le caractère allemand ne s'embarrasse pas de ces scrupules de forme et s'accommode volontiers des mesures qui attestent le plus nettement l'autorité et l'obligation pour tous de s'y soumettre.

Enfin le pourvoi, *Beschwerde*, est une voie de recours spéciale qui n'est ouverte que contre les décisions ou jugements préparatoires rendus sans plaidoiries. Ainsi que le font observer les éditeurs, la traduction littérale du mot *Beschwerde* eût été plainte, et en effet si ce mode de recours a bien pour objet la réforma-

Digitized by Google

tion d'une sentence, il a aussi le caractère d'une plainte contre le tribunal ou le juge qui l'a rendue.

Le livre IV, qui ne comprend que quatorze articles, traite de la reprise de la procédure. C'est encore une voie de recours extraordinaire qui correspond assez à notre requête civile, et qui tend à annuler le jugement et à autoriser la partie à rouvrir le débat devant la même juridiction. Elle peut se produire sous deux formes : demande en nullité de jugement, *Nichtigkeisklage*, ou demande en restitution, *Restitutionsklage*. Dans les deux cas la demande doit être formée dans le délai d'un mois à partir du jour où la partie a eu connaissance du moyen sur lequel elle fonde son action et avant que cinq ans se soient écoulés depuis que le jugement attaqué est passé en force de chose jugée.

Les livres suivants traitent de procédures spéciales : le livre V de la procédure sur titres ou sur lettres de change et billets à ordre, le livre VI de la procédure dans les affaires matrimoniales et d'interdiction, le livre VII de la procédure par voie de sommation dont les formes plus rapides répondent à notre procédure sommaire et qui n'est applicable que lorsque la contestation ne doit pas être sérieuse. Le livre VIII traite de l'exécution forcée et contient des prescriptions spéciales dont certaines fort intéressantes. Ainsi le débiteur insolvable peut être cité pour prêter serment qu'il est hors d'état de s'acquitter, c'est le serment de manifestation. Une fois ce serment prêté il ne peut être contraint à le faire une seconde fois même par un autre créancier, à moins qu'il soit établi d'une manière vraisemblable qu'il a acquis des biens ultérieurement (art. 784). Au contraire, s'il ne comparaît pas ou s'il refuse sans motif la prestation de serment, le tribunal, sur les conclusions du créancier, ordonne son emprisonnement, dont les frais doivent être payés d'avance de mois en mois par le créancier et qui ne peut se prolonger au-delà de six mois.

Le livre IX établit sous le titre de *Aufgebotsverfahren*, procédure provocatoire, une procédure spéciale tout à fait nouvelle tendant à permettre à une partie justifiant d'un intérêt légitime de se mettre d'avance à l'abri d'une réclamation possible de la part d'un adversaire encore inconnu et indéterminé. Cette procé-

Digitized by Google

dure n'est autorisée que dans les cas prévus par la loi, par exemple lors de la perte d'effets négociables endossés en blanc ou de titres au porteur. Elle a pour objet de frapper le titre de déchéance, de le déclarer sans effet, et de plus le jugement de forclusion auquel aboutit cette procédure, qui comporte nécessairement de longs délais, tient lieu de titre pour celui qui l'obtient et lui permet de faire valoir les droits qui en dérivent comme s'il l'avait en sa possession. Cette procédure ingénieuse s'inspire de la multiplicité des valeurs au porteur et règle le mode selon lequel le propriétaire dépossédé pourra rentrer dans ses droits, substituant ainsi une loi uniforme aux usages et conditions qui se sont forcément établis chez nous dans le cas de perte ou de vol de titres au porteur.

Le livre X et dernier règle la procédure arbitrale et ne diffère pas sensiblement des dispositions de la loi française en cette matière.

Tel est sommairement l'ensemble de cette procédure allemande qui par elle-même offrirait un sujet d'études intéressantes et que les éditeurs ont traitée avec un soin, une érudition, une abondance de notes et de rapprochements concernant la loi française et les législations étrangères, qui en rendent la lecture à la fois plus instructive et plus facile. Ils ont fait par avance pour le lecteur de leur traduction et aussi complétement qu'il pourrait le faire lui-même, le travail de comparaison et de critique qui, loin d'empêcher les appréciations personnelles, les sollicite et leur vient en aide.

Cette publication n'est en rien inférieure aux précédentes faites par le Comité de législation étrangère et recueillera, nous en sommes convaincu, les mêmes éloges. Mais pour le lecteur qui voudra se faire une idée exacte et complète de l'esprit et des principes de la procédure allemande, nous pensons qu'il devra commencer tout d'abord par consulter les deux volumes de M. Dubarle sur le Code d'organisation judiciaire allemand, que le Comité a publiés précédemment et qui forment comme la préface nécessaire du Code de procédure dont nous venons de rendre compte.

ALBERT ARNAL.

Digitized by Google

ÉLÉMENTS DE DROIT ROMAIN A L'USAGE DES ÉTUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT [1],

Par M. Gaston MAY, professeur de droit romain
à la Faculté de droit de Nancy
Compte rendu par M. G. BOURCART,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

En lisant les « Éléments de droit romain » de M. May, je ne pouvais m'empêcher de songer au compte rendu qu'écrivait, il y a quelques années, notre maître, M. Gide, dans une occasion semblable. L'auteur avait annoncé son désir « de dérouler sous une forme nette et précise les grands principes, » de les dégager des détails inutiles et de proportionner « la longueur des développements à l'importance du sujet. » Et M. Gide ajoutait : « Ici encore, je le dis à regret, le jeune auteur a manqué le but, « faute d'un peu d'audace et d'indépendance. Il n'a pas osé « s'écarter des voies suivies par ses devanciers et ses maîtres, « qui, plus à l'aise dans leurs traités en deux volumes, avaient « pu mêler à l'exposition des principes généraux de riches dé- « tails d'exégèse et d'érudition. Il n'a rien voulu sacrifier de ces « détails accessoires; il s'est appliqué à tout resserrer, sans « rien retrancher. Et qu'en est-il résulté? c'est que l'auteur a « fait tout juste l'opposé de ce qu'il voulait faire : ce qu'il a sur- « tout réduit et abrégé, c'est l'exposition des grands principes, « qui, dans ce cadre plus étroit, se trouvent pressés et comme « étouffés par la multitude des petits détails. » — Que l'on veuille bien prendre le contre-pied de ces critiques, et l'on aura en quelques lignes, l'appréciation la plus exacte, l'éloge le plus frappant et le plus vrai du livre de M. May, notre collègue. Il emploie deux moyens, sans doute déjà connus et pratiqués, mais dont il use avec beaucoup plus de hardiesse qu'on ne le faisait jusqu'ici. C'est d'abord l'abandon de la méthode exégétique, de l'ordre traditionnel, qui suivait presque pas à pas les titres des Institutes [2]. Cela lui permet de composer son ouvrage en toute

[1] Paris, 1889.

[2] Il est assez à remarquer que l'auteur affecte de prendre comme base de ses explications les commentaires de Gaius, plutôt que les Institutes de Justinien. La table des textes en fait foi. N'est-ce pas Gaius qui a été le modèle de Justinien ?

Digitized by Google

liberté, de réunir dans un aperçu d'ensemble les diverses questions qui lui paraissent rentrer dans une même matière, lors même qu'elles se trouveraient dispersées dans les textes, de les enchaîner à sa guise, d'y joindre des points laissés dans l'ombre ou écartés par les Institutes, enfin de mettre l'unité dans son exposition. En outre la tendance historique est particulièrement accentuée. L'auteur s'attache à retracer l'évolution de chacune des institutions, persuadé qu'autrement non seulement elles pâlissent et perdent de leur intérêt, mais surtout qu'elles demeurent imparfaitement comprises. L'ensemble est d'une lecture facile, attachante, instructive, et est aisé à retenir. La part de la mémoire est réduite autant que possible; et, s'il est vrai que savoir le droit, ce n'est pas en tenir la lettre, mais en pénétrer l'esprit et la puissance, apercevoir les principes et les rapports des choses, on doit convenir que le livre de M. May est de nature à rendre de grands services aux étudiants.

Quelques exemples, entre plusieurs. Dans la théorie de la possession, l'indication du fondement de la protection possessoire complète heureusement les notions générales, et contribue à faire bien comprendre l'importance de la possession et son utilité. Un peu plus loin, la mancipation. Après un aperçu de ses formes, on les explique à loisir; on retrace l'histoire de la *mancipatio;* et on termine en donnant une idée des pactes adjoints, qui en modifient les effets. L'étudiant ne sera pas seulement tout préparé à entendre développer ces questions plus tard, dans le courant de la deuxième année; mais je pense que, grâce à cette vue d'ensemble, il saisira mieux les points qui sont plus particulièrement du ressort de la première année. Les successions sont présentées avec une méthode et une sobriété de détails qui permettent d'en suivre les grandes lignes et en facilitent considérablement l'étude. Enfin l'auteur traite plusieurs points qui, touchant au droit public, sont d'ordinaire davantage laissés dans l'ombre; je fait allusion notamment aux éclaircissements fournis sur le droit de cité et la condition de la propriété foncière.

Il faut dire un mot des critiques. Il en est une que tous feront, chacun d'une façon différente. En s'efforçant d'écourter les questions qui lui ont paru secondaires, de supprimer un grand

Digitized by Google

nombre de détails, M. May ne peut guère espérer satisfaire pleinement aucun de ses lecteurs. L'importance relative des questions dépend trop d'une appréciation, qui varie suivant les personnes, et chacun fait son triage à sa manière. Toutefois, je ne m'arrêterai pas à cette observation : il y a là une conception spéciale du sujet, non pas un défaut; et M. May prend même la peine de nous avertir que, dégagé des nécessités scolaires, il eût volontiers montré plus d'audace encore. — Mais je ferai d'autres réserves. Je n'aime pas la distinction, capitale pour lui, du *jus strictum* et du *jus gentium*. Le terme « *jus gentium* » n'a pas, dans la langue juridique romaine, de sens technique bien arrêté. Il signifie proprement le droit des nations, dont Rome consent à connaître l'existence, parfois aussi désigne-t-il le droit naturel... Ce manque de netteté devrait empêcher de le prendre comme base de la division des sources du droit romain. Je sais qu'on peut découvrir ailleurs [1] quelque chose d'au moins analogue, et que M. May se trouve en bonne compagnie. Il n'en est pas moins vrai que je suis dérouté de voir, d'une part, le droit prétorien compté, pendant un long temps, parmi les sources du *jus strictum* (p. 26 et suiv.), et, d'autre part, les sénatusconsultes rangés en bloc dans le *jus gentium* (pp. 34, 35). L'exposition même de la notion générale du droit ne me satisfait pas non plus. Qu'en fait la conception du droit soit née parmi les homme de la nécessité pratique de limiter les énergies individuelles, dans la concurrence pour la vie, que la notion idéale et philosophique du droit naturel n'ait été dégagée que plus tard, c'est un point que la science moderne a pu établir. Mais, dans un livre, où l'on s'adresse aux jeunes gens et à notre époque, il aurait mieux valu, ce me semble, imiter le jurisconsulte romain qui, au prix d'une erreur d'étymologie, rattachait hautement le droit à la justice... [2].

Tel qu'il est, ce livre est assuré de trouver partout un favorable accueil. Entre les ouvrages classiques de M. Accarias et de M. Ortolan, dont il s'est largement inspiré, il a une physionomie originale et tient une place à part. Ce n'est pas un médiocre mérite.

G. BOURCART.

[1] Voir, par exemple, Sohm, *Institutionen*, 3e éd., 1888, p. 25 et s.

[2] Ulpien, loi I, pr. Dig. I, 1 *De justitia et jure*.

Digitized by Google

LE CODE CIVIL COMMENTÉ A L'USAGE DU CLERGÉ, DANS SES RAPPORTS AVEC LA THÉOLOGIE MORALE, LE DROIT CANON ET L'ÉCONOMIE POLITIQUE [1],

Par M. Le Chanoine Allègre, docteur en théologie et en droit canon.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

M. le chanoine Allègre n'est pas un inconnu pour ceux qui s'occupent de droit canon et en poursuivent l'étude dans les travaux récents : il y a quelques quatre ans, au commencement de l'année 1885, il publiait, à l'usage des séminaires, une *Synopsis impedimentorum matrimonii*, ou exposé sommaire, mais précis et complet, de la matière des empêchements au mariage en droit canonique. Cette savante monographie, fort remarquée et très digne de l'être, dont nous-même nous sommes plu à faire l'éloge ailleurs [2], se voit aujourd'hui accompagnée d'un vaste commentaire du Code civil à l'usage du clergé, en deux volumes in-8, divisés chacun en deux parties, et dont l'ensemble ne comprend pas loin de deux mille pages. Si le succès se mesure au mérite, cette nouvelle œuvre ne manquera pas d'être accueillie par tous, à quelque titre que ce puisse être, professeurs, magistrats, avocats, praticiens, prêtres et élèves des séminaires, avec la même faveur que son aînée : car tous, hommes d'Église, de science ou de pratique, peuvent en tirer le plus grand profit.

M. Allègre prend soin de dégager lui-même très nettement, dans un *Avant-propos*, la pensée qui l'a inspiré dans la composition de son livre. Son intention n'a été, ni de composer un traité de droit civil dans la forme que lui donnent l'enseignement des Facultés et les ouvrages des jurisconsultes, ni d'étudier d'une manière spéciale l'influence du christianisme sur le droit. Tout autre est le but que s'est proposé l'auteur. Le titre du livre, « *Le Code civil commenté* », l'indique d'une manière suffisante déjà, et au surplus M. l'abbé Allègre s'en explique avec toute la clarté voulue.

Il nous rappelle qu'il y a plus d'un demi siècle, c'était en 1833, M. l'abbé Thomas Gousset, alors vicaire général à Besan-

[1] Paris et Lyon, 1888, 2 vol. divisés en 4 parties formant 4 tomes in-8.

[2] Voy. *Revue générale du droit*, 1887, p. 478 et suiv.

Digitized by Google

çon [1], et, plus tard, Cardinal Archevêque de Reims, a entrepris de faire connaître le Code civil au clergé, l'exercice de son ministère lui ayant appris que le prêtre a souvent besoin de ne point ignorer la législation positive qui, à maintes reprises, lui dicte la solution exacte dans nombre de questions de conscience. Esprit supérieur et très libéral, Il n'était pas, malgré la réputation qu'il a laissé d'un ultramontanisme très arrêté, de ceux qui pensent que le prêtre cesse d'être citoyen de son pays pour ne relever que de Rome, et il estimait, avec autant de bon sens que de raison, qu'à côté de la patrie spirituelle, donnée par la vocation, il y a celle donnée par la naissance, et que la soumission aux lois de l'une ne saurait nullement dispenser du respect dû à celles de l'autre. Il transcrivit donc le texte du Code civil, en dotant quelques articles d'un court commentaire, et en en faisant suivre un grand nombre de la discussion des points de théologie morale qui s'y rattachent.

Le but qu'envisageait Mgr Gousset est aussi celui que poursuit M. le chanoine Allègre. Le temps avait marché, et l'œuvre de l'éminent prélat avait vieilli. Il convenait de la rajeunir, en la mettant au courant de la législation qui, depuis 1843, a subi bien des modifications, et a été remaniée par diverses lois, dont l'une des plus importantes, à son point de vue, et il n'a pas tort, est celle du 27 juillet 1884, portant abrogation de la loi du 8 mai 1816 et rétablissement du divorce en France. — D'un autre côté, Mgr. Gousset s'était montré économe (parfois jusqu'à l'avarice) d'explications : M. l'abbé Allègre, au contraire, a pris à tâche de

[1] L'auteur commet ici une double erreur, qu'il importe à l'exactitude historique de rectifier. Ce n'est pas en 1843, comme il le dit, mais bien en 1833, que l'abbé Thomas Gousset publia *Le Code civil commenté dans ses rapports avec la théologie morale*, et il était alors vicaire général à Besançon et non, comme il le dit encore, à Langres, dont le diocèse ne l'a jamais compté parmi ses membres. Né dans le diocèse de Besançon, à Montigny-les-Cherlieu (Haute-Saône), le 1er mai 1792, et décédé à Reims du 20 au 30 décembre 1866, voici, d'après la médaille que nous avons sous les yeux, frappée à son honneur et à son effigie lors de son élévation à la dignité cardinalice, quels furent ses états de service : ordonné prêtre et nommé vicaire à Lure en 1817, il devint, en 1818, directeur et professeur de théologie au séminaire de Besançon ; vicaire général à Besançon en 1832 ; évêque de Périgueux en 1835 ; archevêque de Reims en 1840, et cardinal en 1850.

Digitized by Google

commenter presque tous les textes du Code. Il convient également de noter que plus de développements sont consacrés aux questions de conscience, et que quelques additions sont faites, qui sont relatives à la situation du prêtre vis-à-vis de la loi civile : c'est ainsi, par exemple, que l'on trouve discuté le point de savoir, si, d'après le Code civil, le prêtre peut adopter ou être tuteur. Enfin, tandis que Mgr. Gousset avait absolument négligé toute notion historique sur les législations antérieures au Code de 1804; tandis qu'il ne donnait aucune vue d'ensemble sur les divers titres qui le composent, M. l'abbé Allègre vient combler cette double lacune : il présente toujours au lecteur un exposé synthétique de la matière traitée dans chaque titre et le met à même de remonter jusqu'à sa source, en le conduisant jusqu'au droit romain. Ce n'est pas tout : l'auteur ajoute, pour divers titres du Code, des notions de droit canonique, de théologie dogmatique et d'économie politique, et il n'a garde d'omettre, à propos de chacun, l'indication des réformes qui devraient, à ses yeux, être apportées au Code civil, spécialement au point de vue catholique.

Quant au plan adopté, il est des plus simples : après une proface sur « l'idée moderne du droit », qu'il emprunte à M. l'abbé Méric; après des notions générales sur la loi et le droit, sur le Code civil, sur sa rédaction, sur ses éditions successives et sur les particularités d'ordre purement matériel qu'il présente, M. l'abbé Allègre étudie successivement chaque titre; en tête de chacun d'eux, se place, sous la rubrique *Préliminaires*, un exposé de la matière, à la suite duquel viennent le texte et le commentaire des articles du titre.

Peut-être serait-on tenté de reprocher au commentaire un excès d'analyse, et à l'exposé un défaut de suite, coupé qu'il est, à tout instant, par la reproduction du texte de la loi, accompagné, le plus souvent, de quelques lignes seulement d'explications.

Mais le but du livre, qui est de faire connaître aux prêtres, au moyen d'une vulgarisation sérieuse, les articles du Code, en vue de leur application en théologie morale, peut servir, à la rigueur, de justification à la méthode adoptée. L'auteur s'est, comme de parti pris, et avec une volonté bien arrêtée, attaché à leur pré-

Digitized by Google

senter un à un les textes de la loi, et à faire suivre chacun de l'explication de ses termes. Nul ne songerait à l'en blâmer, chacun étant libre, après tout, d'envisager les choses comme il l'entend. Nous trouvons même, en ce qui nous concerne personnellement, que M. l'abbé Allègre a sagement fait de ne pas se préoccuper d'une méthode scientifique et rationnelle, et que la simplicité était, ici, encore le meilleur guide à qui se fier.

Que si nous voulions porter un jugement doctrinal d'ensemble sur le livre considéré exclusivement au point de vue du droit civil, nous estimons que des critiques plus graves pourraient lui être adressées. Outre que la discussion y tient une place réellement trop restreinte; que souvent la controverse, lorsqu'elle est prévue, est loin d'être envisagée sous toutes ses faces, que bien des difficultés n'ont pas été soupçonnées; que d'autres, bien qu'entrevues, ont été esquivées ou trop rapidement envisagées; que certaines notions, celle de l'obligation naturelle entre autres, auraient beaucoup gagné à être précisées, la doctrine n'est pas toujours d'une exactitude irréprochable, et, d'autre part, on éprouve la désillusion de voir passées sous silence, dans un livre de si longue haleine, de grandes et belles théories ; c'est ainsi, et ce ne sont là que des exemples, que le lecteur est surpris de ne pas rencontrer, sous l'art. 1304, la question célèbre en doctrine qui s'élève à propos de la fameuse maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*; ni sous l'art. 1599, l'importante controverse sur la nature et les caractères de la nullité de la vente de la chose d'autrui. Un semblable ostracisme est aussi regrettable qu'immérité. — Pareillement pourquoi avoir écourté de la sorte la théorie de l'art. 1351 sur l'effet de la chose jugée, et celle de l'art. 1734, récemment modifié, sur la responsabilité des locataires en cas d'incendie? — Il eût été bon, aussi, de ne pas résoudre certaines questions, sans indiquer que la solution admise est très sérieusement contestée. C'est ainsi, par exemple, que M. l'abbé Allègre décide que la séparation des patrimoines n'est pas un privilège : mais il ne nous laisse pas soupçonner sur ce point l'existence d'une controverse, ce qui l'entraîne naturellement à oublier de nous dire pourquoi il se prononce dans tel sens plutôt que dans tel autre.

Digitized by Google

Enfin, nous aurions désiré voir les auteurs et la jurisprudence mis à plus forte contribution, et les références soumises à un contrôle plus sévère.

Mais, hâtons-nous de déserter ce rôle ingrat de censeur, qu'il serait d'autant plus injuste de poursuivre, que M. l'abbé Allègre ne s'offre à nous ni comme jurisconsulte, ni comme civiliste, et qu'ensuite son livre renferme d'assez belles et d'assez nombreuses qualités, pour éclipser ses quelques imperfections.

Nous ne saurions trop louer l'auteur, tout d'abord, de la clarté qu'il apporte dans ses résumés : une remarquable précision en fait un des principaux mérites. — A peine est-il besoin d'insister sur la pureté et l'orthodoxie de la doctrine dogmatique : elle est puisée aux meilleures sources comme aux plus récentes ; ici, on sent vraiment que l'auteur est chez lui, et qu'il y est maître. Contentons-nous de dire, à cet égard, que quand son commentaire renferme l'examen des questions de conscience, le savant docteur les traite beaucoup plus à fond que ne fit Mgr. Gousset, dont il cite souvent la doctrine et dont il ne partage pas toujours le sentiment. Au témoignage de son devancier, il ajoute l'opinion des théologiens les plus célèbres et les plus modernes. Quant aux *préliminaires* dont chaque titre est précédé, et dont l'étendue, naturellement variable, dépend avant tout de l'importance de ce dernier, ce sont, à proprement parler, des exposés synthétiques et historiques, qui nous paraissent avoir une grande valeur. Ils se divisent en deux parties :

Dans la première, intitulée *Idées générales*, se trouve nettement posé le problème législatif, tel qu'il se présente à tout législateur qui aurait à régler le même sujet, et que le titre dont il s'agit a pour but de résoudre, trois questions relatives aux règles formulées en la matière par le droit naturel, aux inconvénients qu'il fallait éviter, aux avantages qu'il y avait à rechercher et à réaliser, y sont toujours envisagées et résolues avec soin. Les notions de droit naturel placées au début de ces idées générales, sont dignes d'attirer tout spécialement l'attention ; d'abord, parce que, pour les titres qui confinent de plus près à la morale, tels que ceux du mariage, du divorce, de la puissance paternelle, de la propriété, des successions, des donations, de la prescription, elles sont

Digitized by Google

magistralement exposées; ensuite, parce qu'elles offrent une utilité d'autant plus grande, qu'elle sont moins connues et que la science fondamentale à laquelle elles appartiennent est, à tort, désertée; l'ouvrage encore inachevé de M. Rothe [1] est, à peu près, en France, le seul livre moderne d'étendue restreinte que l'on puisse, aujourd'hui, consulter avec fruit [2].

Dans une seconde partie, M. l'abbé Allègre recherche comment la question posée législativement dans la première a été résolue dans le passé; quel a été le droit positif sur la matière, soit dans le droit romain, soit dans notre ancien droit français. Tel est le sujet des deux chapitres qui la composent et qui, l'un et l'autre, sont, en général, traités de main de maître. Jamais l'auteur ne manque l'occasion d'élargir son sujet et de nous montrer l'influence que l'Église a exercée sur le droit.

Notons enfin une innovation des plus heureuses :

Sous la rubrique *Conclusion*, M. l'abbé Allègre indique les réformes demandées sur chaque titre du Code. Tous les projets de loi les plus récents relatifs au droit privé y sont consignés, ainsi que l'état des travaux législatifs. Les plus importants, comme celui qui concerne le régime des aliénés, font l'objet d'un examen détaillé. L'auteur y ajoute l'exposé des réformes sollicitées par les jurisconsultes, et fait intervenir à ce propos d'intéressantes notions de législation comparée; il y montre comment, sur divers points, les lois de l'Église peuvent se trouver en conflit avec le Code. Les conclusions et les vœux des congrès catholiques de jurisconsultes ne sont pas oubliés. Ils sont reproduits à leurs places respectives. Un index des matières ecclésiastiques placé à la fin de chaque volume permet au lecteur de retrouver facilement tous ces points, ainsi que les questions de conscience et les passages où est signalée l'influence de l'Église.

Si nous ajoutons à ce rapide exposé, que nous ne saurions poursuivre sans dépasser les limites forcément restreintes d'un

[1] *Traité du droit naturel théorique et appliqué*, par M. Tancrède Rothe, docteur en droit, professeur aux facultés catholiques de Lille, t. I (seul paru). Paris, 1886, 1 vol. in-8 de 730 pages.

[2] On peut se dédommager, en recourant à la littérature allemande, qui possède, à cet égard, une opulente bibliographie.

Digitized by Google

simple compte-rendu, que M. le chanoine Allègre a mis également à contribution l'économie politique et qu'il l'a étudiée avec beaucoup de soin dans ses relations avec divers titres du Code (notamment, à propos du mariage, de la puissance paternelle, de la famille, des successions, des donations et des legs faits aux établissements de main-morte), nous aurons signalé les traits essentiels et caractéristiques de cet excellent ouvrage. Nous ne saurions, toutefois, nous en séparer, sans donner ici un aperçu sommaire des parties du livre qui nous paraissent le plus remarquablement traitées, et les plus dignes d'être lues, approfondies et méditées. Ce sont les suivantes : t. I, 1re partie : Avant-propos; — Mariage, Préliminaires (p. 121 et suiv.); — Divorce, Préliminaires (p. 257 et suiv.); — Juges, avocats et avoués en face du divorce (p. 302 et suiv.); — Puissance paternelle, Préliminaires (p. 379 et suiv.); — t. I, 2e partie : Propriété, Préliminaires (p. 518 et suiv.); — *Impedimentorum Matrimonii Synopsis*, 3e éd. (p. 657 et suiv.); — t. II, 1re partie : Successions, Préliminaires (p. 16 et suiv.); — Donations entre-vifs et testaments, Préliminaires (p. 128 et suiv.); — Réserve devant la conscience (p. 185 et suiv.); — Legs pieux (p. 213 et suiv.); — Contrats sur cause illicite ou mauvaise (p. 317 et suiv.); — Contrat de mariage et droits respectifs des époux (p. 459 et suiv.); — t. II, 2e partie : Prix de convenance dans la vente (p. 595 et suiv.); — Opérations de bourse, achat d'actions commerciales ou industrielles par le clergé (p. 778 et suiv.); — Prescription, Préliminaires (p. 947 et suiv.; 982 et suiv.); — Prêt à intérêt (p. 999 et suiv.); — Conclusion générale (p. 1037 et suiv.).

La tâche du critique est maintenant remplie; son analyse aura-t-elle donné du livre une idée suffisante? Il le souhaite, mais, ce qu'il tient à affirmer en terminant, c'est que M. le chanoine Allègre, en ouvrant des horizons nouveaux, grâce aux rapprochements féconds qu'il permet d'établir entre le droit canonique et nos lois civiles, a fait une œuvre utile et des plus méritoires. Il a su mener à bien une entreprise considérable et particulièrement délicate, qui a sur beaucoup d'autres un avantage : celui de l'opportunité. Elle apparaît à son heure, et nous ne doutons pas que, rehaussée qu'elle est par une constante éléva-

Digitized by Google

tion philosophique des pensées, une grande pondération d'esprit, une louable sincérité, une gravité toujours digne et soutenue, et une courtoisie qui n'abdique jamais, elle ne soit accueillie avec une faveur d'autant plus marquée, qu'elle est de nature à faire, sur bien des points, tomber d'injustes préventions et de regrettables préjugés, soit contre l'Église, soit contre la loi française, et à raffermir l'alliance salutaire que préconisait, à si juste raison, Toullier, entre le droit civil, la morale et la religion. A ces divers titres, elle fait le plus grand honneur au clergé; mais, empressons-nous de l'ajouter, un pareil livre n'est pas seulement utile au prêtre, au directeur des consciences et au conseiller des familles. Le droit canonique et le droit civil sont unis par des liens si intimes et si étroits, que l'étude de l'un, pour être entière, complète et fructueuse, doit, à notre sens, entraîner nécessairement l'étude de l'autre. Aussi, l'École, la magistrature, le barreau et la pratique y puiseront-ils de précieux enseignements. N'est-ce pas plus qu'il n'en faut pour assurer le succès de cette excellente synthèse du droit civil et de la théologie? [1]

P. LOUIS-LUCAS.

[1] Voy. le rapport élogieux fait de l'ouvrage par M. Glasson à l'*Académie des sciences morales et politiques* (année 1888).

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DE LA JURISPRUDENCE, EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT,

par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de Droit de Grenoble.

Mutation par décès. — Partage postérieur à la déclaration (Cass. Civ., 19 juillet 1887, *J. d. P.* 1888, p. 939).

Une succession s'ouvre. Elle est échue à la mère et à la sœur du défunt. La première recueille un quart, la seconde trois quarts, en pleine propriété. Les héritières font la déclaration de succession, dans le délai légal, et acquittent les droits applicables à la pleine propriété, chacune selon son degré de parenté. Elles peuvent se croire et se croient en effet en règle avec le Trésor.

Postérieurement à la déclaration de succession, intervient entre elles un partage et ce partage donne lieu à une combinaison, fort raisonnable, étant donnés les rapports de parenté existant entre les deux héritières. La sœur du défunt abandonne à la mère commune l'usufruit de sa part, se contentant pour elle de la nue-propriété. C'est là un arrangement naturel et susceptible de se présenter fréquemment.

Evidemment, si cet arrangement avait été l'œuvre du *de cujus*, réglant par son testament le partage de la succession, il en serait résulté une modification dans les bases de la perception. La sœur aurait été tenue du droit applicable aux trois quarts de la propriété; la mère aurait supporté le droit applicable à un quart de propriété, plus le droit applicable à trois quarts d'usufruit.

Les droits de la Régie sont-ils identiques, lorsque la combinaison attributive de l'usufruit à un des héritiers émane des héritiers eux-mêmes?

La Chambre civile a admis l'affirmative par son arrêt du 19 juillet 1887, et les héritières se sont trouvées obligées de payer un supplément de droit.

Cette solution se heurte, tout d'abord, il faut le reconnaître, à un vague sentiment d'équité. Si l'acte de partage avait réintégré dans la succession un bien non compris dans la déclaration de succession, il n'y aurait pas de doute. Mais ce n'est pas le cas.

Digitized by Google

Le partage répartit la succession de la façon la plus conforme aux convenances des parties. Il ne l'augmente pas. Et sur la succession telle qu'elle a été déclarée, les droits ont été loyalement acquittés.

On dit, il est vrai, qu'un droit d'usufruit est venu s'ajouter à la succession. Cela est vrai, mais ce n'est pas à la suite de la mutation par décès. C'est à la suite d'un arrangement intervenu entre les héritiers et qui a trouvé place dans l'acte de partage. La mère du défunt ne tient pas son droit d'usufruit du défunt. Elle le tient de sa fille. Il lui vient de l'acte de partage qui a, à ce point de vue, un caractère translatif et non déclaratif. Or, comme le fait remarquer le jugement du tribunal de Dieppe, cassé par la Cour suprême, les termes « mutation par décès », dont se sert la loi, indiquent suffisamment que l'impôt a pour origine et pour cause unique le déplacement de valeurs qui, par suite du décès, passent des mains du défunt, dans celles des héritiers. C'est ainsi que l'art. 24 de la loi de l'an VII fait courir le délai de six mois du jour du décès, c'est-à-dire du jour de la transmission du défunt à ses successeurs. C'est ainsi que l'art. 32 de la même loi met les droits de mutation à la charge solidaire des donataires, légataires et héritiers. N'est-il pas étrange en somme que le droit de mutation puisse être exigé au sujet d'un démembrement de la propriété que l'on tient non du défunt, mais de son cohéritier?

Mais, dit-on, le partage est déclaratif. C'est donc du jour du décès que date l'usufruit constitué et les choses doivent se passer comme si cet usufruit venait du défunt. Le tribunal de Dieppe répondait à cette objection en disant qu'il n'y avait là qu'une fiction légale : que cette fiction était destinée à faciliter les rapports des héritiers entre eux; mais qu'il ne fallait pas la sortir de sa sphère et que notamment le Trésor ne pouvait pas s'en prévaloir pour considérer la succession comme augmentée, par suite des arrangements des héritiers.

Il n'y a pas là, selon nous, une réfutation sérieuse de l'argument. On pense généralement aujourd'hui que si l'art. 883 du Code civil établit une fiction, les effets de cette fiction ne doivent pas être limités aux rapports des héritiers entre eux. Entre les

Digitized by Google

deux opinions qui donnent à l'art. 883 l'une un caractère général et absolu, l'autre un caractère relatif et restreint, la Cour de cassation incline visiblement vers la première (Cass. civ. 10 novembre 1869, *J. d. D.* 1870, p. 5. Dissertation de M. Labbé). Du reste, même en admettant que l'art. 883 ne soit pas opposable à tous, il faudrait faire une exception en ce qui touche le Trésor. C'est surtout pour le Trésor que le principe du partage déclaratif est une vérité. C'est même à l'origine pour limiter les prétentions fiscales que ce principe a été établi. Quoi d'étrange dès lors à ce que le Trésor puisse l'invoquer?

L'administration n'a-t-elle pas le droit de rechercher dans tous les actes des intéressés, dont elle a connaissance, s'il n'y a pas eu d'omission ou d'insuffisance de déclaration? Pourquoi, si le partage révèle l'existence d'un droit d'usufruit, sur lequel la perception n'a pas eu lieu, ne pourrait-il pas être réclamé un supplément?

La vraie réponse à l'argument n'était donc pas celle qu'a faite le tribunal, et M. le conseiller-rapporteur Voisin a pu dire devant la Cour suprême que la proposition du tribunal était absolument contraire à la vérité juridique.

Mais n'aurait-on pas pu soutenir, pour échapper au droit de mutation, que le partage qui attribuait à la mère survivante un droit d'usufruit, n'avait du partage que l'apparence; que, de ce chef, l'acte n'était pas déclaratif, mais attributif, puisqu'il conférait à une des parties un droit qui ne résultait pas pour elle de sa vocation héréditaire?

Sans aucun doute, une pareille interprétation aurait été plus conforme à la réalité des choses. La raison est quelque peu choquée, quand on lit dans les considérants de notre arrêt : « Si un événement postérieur au décès fait rentrer dans la succession des valeurs qui ne s'y trouvaient pas au jour de l'ouverture et de la déclaration, cet événement fait naître un nouveau droit de mutation exigible dans les six mois. » Il nous semble que rien n'est rentré dans la succession pour l'accroître.

Notre interprétation ne serait, du reste, nullement défavorable au Trésor, puisqu'à défaut de droit de mutation par décès, il serait au cas d'exiger le droit applicable à la donation d'usufruit.

Digitized by Google

Vente judiciaire d'immeubles. — Pluralité de lots. — Surenchère du sixième (Cass. civ. 18 mai 1887; *J. d. P.* 1888, page 935).

Les immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire sont mis en vente. Tous les lots sont adjugés et le total du prix d'adjudication dépasse 2.000 fr.... Il n'y a pas lieu par conséquent à restitution des sommes payées au Trésor public, pour droits de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'hypothèque. Il n'y a pas lieu non plus d'attendre que les prix soient devenus définitifs par suite de l'expiration du délai de huitaine, pendant lequel peut se produire la surenchère du sixième. Dès à présent, les droits sont incontestablement acquis au Trésor; ils ont été irrévocablement payés, car il est certain que si des surenchères se produisent, soit sur tous les lots, soit sur quelques-uns seulement, ces surenchères ne pourront que relever le chiffre total et l'éloigner par conséquent du taux qui rend les restitutions possibles, aux termes de la loi du 23 octobre 1884.

Mais, dans le délai de huitaine, une surenchère du sixième est formée sur un des lots. Cette surenchère est suivie d'une nouvelle adjudication et le lot surenchéri est adjugé pour un prix inférieur à 2.000 francs. C'est alors que les parties émettent la prétention de détacher l'adjudication sur surenchère d'un des lots; de l'isoler et de lui appliquer par suite la loi de 1884. Une demande de restitution des droits fiscaux est formée.

A l'appui de cette demande, qu'il a cru devoir accueillir, le tribunal (tribunal de Sainte-Menehould, 13 mai 1885) a fait valoir deux arguments que nous allons reproduire.

D'abord, a-t-il dit, la loi elle-même a isolé les diverses adjudications les unes des autres et admis dès lors qu'on devait les soumettre individuellement à la loi du 23 octobre 1884, sans additionner le prix de chaque adjudication du prix des adjudications voisines. L'art. 2 est en effet ainsi conçu : « Le bénéfice de la présente loi s'applique à toutes les ventes judiciaires d'immeubles de la valeur constatée, comme il est dit en l'art. 1er, ainsi qu'à leurs incidents de subrogation, de surenchère et de folle enchère. » Le tribunal conclut de ce texte que les rédacteurs de la loi ont considéré que chaque procédure de vente devait, pour

Digitized by Google

l'application de la loi, être envisagée à part, comme formant un tout absolument indépendant.

Le tribunal ajoute qu'un lot surenchéri doit être assimilé à un lot invendu, puisque la translation définitive de propriété est ajournée jusqu'à l'adjudication sur surenchère. Or que se passe-t-il, lorsque des lots exposés aux enchères ne trouvont pas d'adjudicataire? On additionne le prix des lots adjugés et les mises à prix des lots non adjugés. On sait ainsi si la première adjudication doit donner lieu ou non à des restitutions de droits. C'est ce que prescrit le § 2 de l'art. 1er. Le § 2 du même article ajoute : « La vente ultérieure des lots non adjugés profitera du bénéfice de la loi, d'après les mêmes règles. » La question posée se trouve ainsi résolue : L'adjudication sur surenchère doit bénéficier de la restitution des droits, comme remise en vente du lot, proposé tout d'abord vainement aux enchères.

L'arrêt de la Chambre civile du 18 mai 1887 a condamné cette argumentation qui n'était du reste pas difficile à réfuter.

Tout d'abord, en ce qui touche la première raison invoquée, n'oublions pas qu'il s'agit dans le cas présent de la surenchère du sixième, ouverte à tout le monde dans la huitaine de l'adjudication. Il ne s'agit nullement de la surenchère du dixième qui n'est permise qu'aux créanciers inscrits et qui peut se produire dans les quarante jours des offres qui leur sont signifiées. Cette surenchère était possible dans l'hypothèse actuelle. Mais ce n'est pas elle qui a donné naissance à la question.

Or il nous paraît absolument démontré que l'adjudication sur surenchère du sixième, dans la pensée du législateur de 1884, est liée à la première adjudication, et doit être confondue avec elle, au point de vue des restitutions de droits. Les deux adjudications ne sont aucunement isolées l'une de l'autre, comme l'a dit à tort le tribunal. Ce qui le prouve, c'est la disposition du § 1 de l'article 3, qui prévoit très clairement le cas qui nous intéresse. Le prix d'adjudication non seulement doit être inférieur à 2.000 fr.; mais, de plus, il doit être définitivement inférieur à 2.000 fr. Il faut donc, comme nous le faisons remarquer plus haut, attendre l'expiration du délai de huitaine. Si ce délai de huitaine s'écoule, sans qu'il se produise de surenchère, on est définitivement fixé.

Digitized by Google

Si une surenchère surgit, il faut attendre encore. C'est alors le résultat de l'adjudication sur surenchère qui dissipera toute incertitude et qui nous dira finalement si les droits sont ou ne sont pas remboursables. (Art. 3, § 1 de la loi).

La seconde raison invoquée n'est pas plus soutenable que la première. Peut-on juridiquement assimiler un lot surenchéri à un lot non adjugé, dont la vente sera individuellement soumise à la loi de 1884? Il y a là une erreur qu'il est à peine besoin de relever. La surenchère rend en effet incertain le prix d'aliénation, mais non l'aliénation elle-même. Ce lot est adjugé; il est sorti, par suite, du patrimoine qui le comprenait originairement. Mais le prix d'adjudication est encore en suspens, et il est possible qu'à l'adjudicataire primitif se substitue un nouvel adjudicataire qui s'est engagé à payer un prix plus avantageux. Une analogie rend d'ailleurs plus saisissante la mauvaise interprétation du tribunal. En cas de surenchère du dixième, de la part d'un créancier inscrit, peut-il y avoir le moindre doute sur la translation de la propriété surenchérie? Evidemment non. L'acheteur surenchéri est devenu propriétaire : il a pu même jouir de son droit de propriété, pendant une fort longue période, jusqu'à ce qu'étant inquiété par les créanciers inscrits du vendeur, il ait jugé à propos de faire les offres prescrites par l'art. 2183, C. civ. Durant ce temps là, ce n'était certes plus son vendeur qui était propriétaire et on ne pouvait tenir l'immeuble hypothéqué pour invendu. Eh bien ! il en est de même lorsqu'il s'agit de la surenchère du sixième, avec cette variante que les délais sont ici bien plus courts et que l'incertitude n'est pas dès lors de longue durée.

Est-ce à dire cependant qu'il faudrait appliquer la théorie de la Cour de cassation dans le cas de surenchère du dixième? Nous ne le croyons pas et la Régie n'a pas osé le soutenir. En cas de surenchère des créanciers inscrits, il y aura lieu de considérer l'adjudication sur surenchère comme distincte et isolée et de lui appliquer particulièrement la loi de 1884. Le tempérament découle fort clairement du texte. Il n'y a en effet d'après le texte que la surenchère du sixième qui puisse tenir en suspens la question de remboursement des droits. La loi ne se préoccupe

Digitized by Google

pas de la surenchère qui pourrait émaner des créanciers inscrits. La question de remboursement se tranche sur chaque mutation sans que l'on ait égard à l'autre.

Au premier abord, cette distinction paraît assez étrange. Elle a cependant sa raison d'être.

D'abord en fait, la première vente à l'amiable ou aux enchères peut être, comme nous le disions plus haut, séparée de la surenchère des créanciers inscrits, par un long intervalle. Il a dû paraître aux rédacteurs de la loi de 1884 qu'il y aurait de graves inconvénients à laisser la question de remboursement douteuse trop longtemps et même, dans certains cas, pendant une période indéfinie. Il en aurait été autrement si le délai de surenchère des créanciers inscrits avait eu un point de départ invariable. Au contraire, la surenchère du sixième doit se produire en un délai très court. Rien d'impossible, dès lors, à ce que les deux adjudications soient considérées comme inséparables.

En second lieu, on peut dire qu'en cas de surenchère du sixième nous assistons purement et simplement à la continuation de la première adjudication. La loi semble avoir voulu donner aux enchérisseurs un délai de réflexion. Si, dans ce délai, ils estiment que certains lots n'ont pas été adjugés à leur valeur véritable, ils peuvent obtenir la réouverture des enchères. L'adjudication sur surenchère est donc bien réellement une suite, un incident de la première adjudication. Quoi d'étonnant, dès lors, à ce que les deux opérations soient réputées inséparables? Il est impossible d'en dire autant de la surenchère du dixième. Elle est surtout l'exercice du droit de suite. Ce n'est que par voie de conséquence qu'elle amène la réouverture des enchères. On ne peut donc pas la solidariser, au point de vue des restitutions de droits, avec la première aliénation.

Timbre. — Reçu non-libératoire (Cass. req., 7 mars 1887; *J. d. P.* 1884, page 647).

Un entrepreneur de travaux publics commande des matériaux à un de ses fournisseurs. La commande s'exécute, et les matériaux sont livrés au chantier par un voiturier. Le représentant de l'entrepreneur signe un reçu au voiturier. Ce reçu n'est pas revêtu

Digitized by Google

du timbre-quittance prescrit par la loi du 23 août 1871. Il est saisi entre les mains du voiturier et la Régie réclame aux parties le montant de l'amende, pour défaut de timbre-quittance. La prétention de l'administration est-elle fondée?

Comme on le voit, les faits sont très simples et de nature à se présenter à chaque instant. Avant d'entrer dans le débat, ayons recours à l'analyse juridique et demandons-nous quelle est la qualification légale applicable à ce reçu délivré par le destinataire ou son préposé au voiturier, chargé par le fournisseur d'effectuer le transport.

Tout d'abord, est-ce une quittance, c'est-à-dire un écrit libératoire, tombant directement sous le coup de la loi du 23 août 1871? Cela nous semble impossible à admettre. La quittance est la preuve de l'exécution d'une obligation. Or, dans le cas qui nous intéresse, nous ne voyons pas de dette antérieure, pas de créancier, pas de débiteur. L'entrepreneur qui n'était pas créancier du voiturier remet une déclaration de réception des marchandises au voiturier qui n'était pas son débiteur, qu'il ne connaissait peut-être même pas, avant qu'il ne se fût présenté devant lui. Entre l'entrepreneur, destinataire des marchandises, et le voiturier, il n'y a certainement pas d'écrit libératoire.

A la rigueur, on pourrait dire qu'entre le voiturier et l'expéditeur, le reçu se métamorphose et prend un autre caractère; que le voiturier s'était engagé à accomplir un travail, une obligation de faire et que le récépissé à lui délivré est le document de sa libération vis-à-vis l'expéditeur. Mais ce serait aller bien loin. Et, d'autre part, il semble assez raisonnable de poser en principe que la quittance que prévoit la loi de 1871 doit avoir été délivrée par le créancier, ou même, par celui avec lequel le débiteur se trouvait en rapport d'obligations. Or, ici le reçu émane de celui auquel le voiturier ne devait rien, et non de celui envers lequel il était tenu d'une obligation de faire.

On pourrait encore se placer à un autre point de vue et dire que le reçu, délivré au voiturier, est le titre de libération du fournisseur, lequel se serait engagé à livrer certaines marchandises au destinataire. Cette interprétation serait peut-être moins éloignée que la précédente de la vérité juridique. Il est certain,

Digitized by Google

en effet, que dans l'établissement ultérieur de leurs comptes, le fournisseur justifiera de ses expéditions à l'entrepreneur par les récépissés des voituriers et, si les expéditions ont eu lieu en vertu d'un contrat antérieur, les récépissés prouveront en même temps qu'il a exécuté son marché et que l'entrepreneur est devenu débiteur du prix stipulé.

La Cour de cassation ne paraît pas avoir approfondi toutes ces interprétations diverses de l'acte relevé par la Régie.

La question, telle qu'elle s'est posée devant elle, peut se formuler, dans les termes suivants :

Y a-t-il lieu d'appliquer le droit de timbre aux reçus purs et simples, n'ayant pas un caractère évidemment libératoire?

Il existait à ce sujet, en matière de quittances, un précédent de jurisprudence des plus graves. Les Chambres réunies de la Cour, par arrêt du 4 juin 1880, avaient décidé *in terminis* que l'art. 18 de la loi du 23 août 1871 ne concernait que les quittances ayant pour effet la libération d'un débiteur (*J. d. D.* 1880, p. 758. *Revue critique*, 1881, t. X, p. 718). L'hypothèse sur laquelle la jurisprudence s'était formée était aussi nette que possible. Il s'agissait de quittances de primes, envoyées par une compagnie d'assurances, à son agent chargé de les remettre aux assurés contre paiement. Ces quittances avaient été saisies à la poste, avant qu'aucun paiement eût été effectué, alors que les quittances, encore aux mains de la compagnie créancière, ne pouvaient faire preuve de paiement et produire aucun effet libératoire. Malgré la résistance de M. le Procureur général Bertauld, dont le réquisitoire avait été contraire à l'arrêt, la Cour n'avait pas hésité à écarter la prétention de la Régie. Dans l'hypothèse actuelle, fallait-il, en matière de reçus, appliquer par *à fortiori* le principe posé en 1880? Les quittances de primes d'assurances, si elles n'avaient pas d'effet actuellement libératoire, étaient destinées à former ultérieurement la preuve d'une libération. En leur appliquant l'impôt, on pouvait soutenir avec vraisemblance, et nous l'avons soutenu nous-même, qu'on ne sortait pas des termes de la loi de 1871. Mais dans la nouvelle espèce soumise à la Cour suprême, la discussion ne pouvait plus être la même. Il fallait se prononcer catégoriquement sur

Digitized by Google

le point de savoir si tous les reçus étaient passibles du droit de timbre, qu'ils eussent ou non le caractère libératoire ou si au contraire il fallait leur appliquer les règles posées en matière de quittances.

La Régie, qui semble s'être difficilement résignée à la jurisprudence des chambres réunies, a soutenu que tous les reçus étaient soumis à la même loi et que sur tous le timbre de 0,10 était exigible. Son système, s'il eût été admis, aurait été la condamnation de l'arrêt de 1880.

Exposons son argumentation : on peut ramener à quatre les considérations invoquées :

L'art. 18 de la loi de 1871 fournit d'abord une raison de texte. La loi vise « les quittances pures et simples, les reçus et décharges de sommes et objets, pourvu qu'ils soient faits sous signature privée et ne contiennent pas d'autres dispositions que celles spécifiées au présent article ». En parlant spécialement des simples reçus, à côté des quittances, la loi n'a-t-elle pas résolu le problème? Sans doute, la quittance doit avoir un effet libératoire; c'est sa destination juridique. Mais il ne saurait en être de même du reçu. Le reçu ne peut que constater un fait, la tradition de sommes ou valeurs. Peu importe que ce fait doive engendrer ou éteindre une obligation. Dès l'instant qu'il est constaté, dès l'instant qu'il existe un reçu, le droit de timbre peut être exigé. S'il était permis de rappeler, à propos d'un sujet aussi moderne, les principes du Droit romain, on pourrait dire que le reçu visé par la loi de 1871 est la preuve d'une tradition de sommes ou valeurs, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la *justa causa traditionis*. Peu importe que cette *justa causa* consiste dans une *solutio*, une *datio*, une *venditio*. La Régie dans son mémoire ramène l'argument à la formule suivante : « Cette distinction (la distinction entre les reçus libératoires et les reçus non libératoires) ne se comprend pas pour les reçus purs et simples, les seuls que la loi ait visés et qui, par cela même qu'ils sont purs et simples, ne sont par eux-mêmes ni libératoires, ni obligatoires. L'administration ne pourrait déterminer leur caractère qu'en recherchant en dehors de l'acte les conséquences juridiques que les parties pourront en tirer; ce qui

Digitized by Google

serait manifestement contraire aux principes de l'impôt du timbre, qui repose exclusivement sur les constatations de l'acte ou de l'écrit. »

La Régie a cherché aussi des armes dans les travaux préparatoires de la loi de 1871 et particulièrement dans le rapport de M. Mathieu-Bodet. Il semble bien que d'après lui le mot « reçu » devant avoir un sens plus étendu que le mot « quittance », le mot « quittance » devait s'entendre des remises de sommes ou valeurs, *solutionis causa*. Le mot « reçu » devait s'entendre des remises de sommes ou valeurs *ex qualibet causa*. « La taxe s'applique, dit-il, aux reçus pour livraison de titres ou valeurs négociées ou déposées. » Il n'est donc pas nécessaire, pour que l'impôt soit exigible, que le reçu constate un paiement.

On avait si bien compris ainsi la loi du 23 août 1871, qu'en 1872, dans le but de favoriser les opérations commerciales, le législateur exonéra du droit de timbre certains reçus qui n'avaient cependant pas un caractère libératoire. Aux termes de l'art. 4 de la loi du 30 mars 1872, « sont exempts du droit de timbre les quittances, reçus ou décharges de toute nature, les reconnaissances et reçus donnés soit par lettre, soit autrement, pour constater la remise d'effets de commerce à négocier, à accepter ou à encaisser. » Certes, les reçus de l'espèce prévue n'avaient rien de commun avec l'idée de libération. Si on les a affranchis de l'impôt, c'est qu'ils y étaient soumis ; c'est qu'en général tous les reçus libératoires ou non étaient compris dans les énonciations de la loi de 1871. L'art. 18 de la loi du 20 février 1872 pourrait être invoqué dans le même sens. rappelle que la loi de 1871 avait établi un droit de timbre de 10 cent. sur les reçus constatant les ventes de marchandises à expédier. Or ces récepissés sont étrangers à toute idée de libération.

Enfin, la Régie a fait valoir un dernier argument que nous ne pouvons nous empêcher de reproduire à cause de sa singularité juridique. Elle a dit qu'en n'exigeant que le droit de timbre-quittance, elle faisait encore la part belle aux redevables; que ceux-ci devaient s'estimer heureux de s'en tirer à si bon marché ; et qu'il aurait été possible, sans sortir des lois fiscales, de les traiter beaucoup plus rigoureusement. Sur les actes de tous genres, le

Digitized by Google

droit de timbre est déjà exigible, en vertu des principes généraux (12. Loi du 13 brumaire an VII). Seulement, ce droit de timbre est plus onéreux, car il s'agit alors du timbre de dimension, et non du modeste timbre de dix centimes crée par la loi de 1871. Or, les reçus tels que celui qui avait été délivré dans l'espèce sont parfaitement compris dans l'énumération de la loi de l'an VII. Ce sont à coup sûr des actes pouvant ou devant faire titre ou être produits pour obligation, décharge, justification, demande ou défense. Si une contestation s'était élevée entre l'entrepreneur et son fournisseur au sujet des quantités de matériaux fournis, les récepissés des voituriers livrant des marchandises auraient été les documents les plus utiles et les plus décisifs pour établir l'importance des livraisons. Le fisc se montrait donc bon prince, en n'allant pas jusqu'aux dernières limites de ses droits. Il aurait pu réclamer le timbre de dimension. Il n'exigeait que le timbre de dix centimes. Les redevables ne pouvaient que lui savoir bon gré de sa longanimité.

Ce système fortement construit a échoué devant la Cour de cassation qui ne voit dans le mot « reçu » qu'un synonyme du mot « quittance ». Le reçu n'est donc passible du droit de timbre créé par la loi de 1871 que s'il a un caractère libératoire.

La juxtaposition du mot « reçu » au mot « quittance » dans l'article 18 de cette loi n'indiquerait nullement qu'on ait voulu viser, comme le soutient la régie, une nouvelle série d'actes. Il n'y aurait là qu'une simple redondance de style. Ce qui tendrait à le démontrer, ce serait la disposition de l'art. 23 de la loi de 1871 qui organise la sanction des règles de l'art. 18. Après avoir reproduit l'énumération du premier texte, « quittances, reçus et décharges, » l'art. 23 ajoute : « Le droit de timbre est à la charge du débiteur ; néanmoins le créancier qui a donné quittance, reçu ou décharge, en contravention aux dispositions de l'art. 18, est tenu personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire, du montant des droits, frais et amendes. » Il est bien difficile en présence de l'art. 23 de la loi d'isoler le mot « reçu », de le séparer des mots « quittances et décharges», pour lui donner un sens presque illimité. Et comme en somme la base du

Digitized by Google

système de la Régie n'est autre que la séparation des termes réunis dans le texte, cette base paraît s'écrouler.

Quant aux travaux préparatoires, il semble que consultés dans leur ensemble ils donnent tort à la Régie. Le but que poursuivait le législateur a été en effet assez nettement mis en lumière : on a voulu dans la majorité des cas affranchir les parties de l'obligation du timbre de dimension qui leur était imposée par la loi du 13 brumaire an VII et dans la pensée des auteurs de la loi, il ne s'agissait dans la majorité des cas que des quittances proprement dites. « La commission, dit M. Mathieu-Bodet, a pensé qu'il ne suffirait pas de maintenir le droit de timbre sur les quittances, qu'il fallait encore édicter un ensemble de dispositions pour assurer le paiement de ce droit. La commission fait l'application en France du système qui depuis 1853 a si bien réussi en Angleterre, où un droit fixe de one penny a été établi sur toutes les quittances de deux livres ». « Le droit de 0 fr. 10 c. est dû par chaque quittance, reçu ou décharge. Ce n'est pas en effet un droit de timbre sur la consommation du papier : c'est une taxe prélevée *sur l'écrit libératoire*, indépendant par conséquent de la dimension du papier. » Il résulte de ce passage deux choses : premièrement, la loi de 1871 a supprimé l'obligation trop onéreuse du timbre de dimension pour les quittances seulement. Secondement, le timbre de 0 fr., 10 c. qui remplace le timbre de dimension a été établi, à l'instar de la législation anglaise et au même chiffre qu'en Angleterre. Il s'applique aux mêmes actes, aux écrits libératoires et aux écrits libératoires seulement.

L'argument puisé dans la loi de 1872 n'est en somme qu'un argument *a contrario*. La Cour de cassation ne s'en est pas préoccupée en 1880; elle l'a également dédaigné en 1887. Il semble en effet difficile que la disposition isolée de la loi du 30 mars 1872 ait pu modifier le sens suffisamment clair de la loi de 1871.

Nous ne nous arrêterons pas davantage à la considération tirée de ce que la Régie aurait pu traiter les redevables plus rigoureusement en exigeant d'eux le timbre de dimension conformément à la loi du 13 brumaire an VII. La possibilité d'appliquer

Digitized by Google

un texte rigoureux, mais s'adaptant exactement au cas en litige, n'entraîne pas la possibilité d'en appliquer un autre moins rigoureux, mais étranger à l'espèce. Cela est vrai en matière fiscale aussi bien qu'en matière pénale.

Par l'arrêt du 7 mars 1887, la jurisprudence de la Cour régulatrice se trouve selon nous complétement fixée, et la théorie à suivre, à propos de l'art. 18 de la loi du 23 août 1871, est désormais établie avec toute la précision désirable. Il n'est peut-être pas inutile d'en donner ici la formule. Cette formule se réduit du reste à deux propositions :

1° Les mots « quittances, reçus et décharges » sont des termes synonymes. Ils désignent tous des écrits libératoires, remis au débiteur par le créancier, pour prouver l'extinction de l'obligation. Les simples reçus qui constatent uniquement des remises de sommes ou valeurs et qui ne se réfèrent pas à un *vinculum juris* antérieur ne se trouvent pas compris dans la prévision de la loi. (Arrêt du 7 mars 1887).

2° La quittance n'est passible de l'impôt que lorsqu'elle a été remise au débiteur. Tant qu'elle se trouve entre les mains du créancier, elle ne constitue qu'un projet et la loi ne saurait l'atteindre. (Arrêt des Chambres réunies du 4 juin 1880).

Il est permis de se demander quelles seront les conséquences de cette jurisprudence et particulièrement de celle du 7 mars 1887.

Ces conséquences nous paraissent assez graves au point de vue fiscal et de plus elles sont de nature à intéresser vivement le monde du commerce et de l'industrie.

Tout d'abord, désormais, il sera, ce nous semble, difficile de prescrire la perception de la taxe de 10 c. sur les reçus d'objets à expédier, délivrés aux expéditeurs par les entrepreneurs de transports. Ces récepissés n'ont en effet aucunement le caractère libératoire qui rend applicable l'art. 18 de la loi du 23 août 1871. Et cependant la perception du droit a été approuvée par divers tribunaux notamment par le tribunal de la Seine et le tribunal de Rouen. (Tribunal de la Seine 25 mars 1881. Tribunal de Rouen 13 avril 1881. *J. du Palais* 1881 p. 1262).

En second lieu, et ce serait là la conséquence la plus grave

Digitized by Google

de la défaite de la Régie, celle-ci ne peut-elle pas, au sujet de tous ces reçus, se prévaloir de la loi du 13 brumaire au VII et prétendre les assujettir au timbre de dimension? Ne pouvant appliquer la loi la plus favorable, elle appliquerait la loi la plus rigoureuse, en sorte que le commerce et l'insdustrie se trouveraient en présence d'un impôt plus lourd que celui dont la Cour suprême les a affranchis. L'avenir seul nous dira si la Régie voudra aller jusqu'aux extrêmes limites de son droit.

En attendant, cette dernière question demeure pendante. Elle n'a pas été posée devant la Cour de cassation. Le tribunal de la Seine, seul, avait eu à la résoudre dans le jugement maintenu par l'arrêt de 1887. Il avait décidé que le reçu en question n'était qu'un document d'ordre intérieur et de comptabilité auquel ne pouvait s'appliquer la loi de l'an VII.

Vente publique de meubles. — Objets adjugés au vendeur (Tribunal de la Seine, 10 juin 1887; *J. d. P.* 1888, page 1254).

Il arrive fréquemment, en matière de ventes publiques de meubles, que le vendeur, considérant que certains objets n'ont pas atteint un prix assez élevé, les retire des enchères et se les fait adjuger à lui-même. Il n'y a certainement pas, dans cette hypothèse, de mutation de propriété : l'adjudication au profit du vendeur n'est qu'un simulacre, une *imaginaria venditio*, ayant pour but de conserver des meubles qui n'ont pu trouver preneur au prix auquel le vendeur les estimait. L'analyse juridique des faits est donc ici sans difficultés. Au point de vue fiscal, si des textes, en apparence contradictoires, n'avaient pas été produits dans le débat, il n'y aurait également aucun doute. Le droit proportionnel ne devrait être liquidé que sur le prix cumulé des objets adjugés à des tiers, sans que l'on dût faire entrer en ligne de compte ceux qui ont été adjugés au propriétaire lui-même. La solution serait équitable et simple.

Dans l'affaire jugée par le tribunal de la Seine, la Régie a cependant soutenu que la perception du droit de vente mobilière devait être établie sur le prix de tous les objets adjugés, quel que fût l'adjudicataire.

L'argument principal, à l'appui de cette thèse, était tiré de

Digitized by Google

l'art. 6 de la loi du 22 pluviôse an VII. « Le droit d'enregistrement, dit ce texte, sera perçu sur le montant des sommes que contiendra cumulativement le procès-verbal des séances à enregistrer, dans le délai prescrit par la loi sur l'enregistrement. » Ce texte, peut-on dire, ne laisse subsister aucune incertitude. Il suffit que des meubles soient adjugés, pour que le droit soit exigible. La personne de l'adjudicataire importe peu; fût-il le propriétaire des meubles exposés aux enchères, cette circonstance ne devrait pas empêcher la perception sur le prix cumulatif de toutes les adjudications partielles, sans exception.

Il est vrai que l'art. 69, § 5, nº 1, de la loi générale sur l'enregistrement du 22 frimaire an VII ne prescrit le droit que sur les actes translatifs de propriété mobilière. Or, en ce qui concerne les objets adjugés au propriétaire, il n'y a pas translation de propriété.

La Régie répond à cette objection de principe que la loi du 22 pluviôse an VII a partiellement abrogé la loi du 22 frimaire; que cette abrogation résulte de l'art. 10 de la loi du 22 pluviôse qui déclare abroger toutes dispositions de lois contraires à la présente; que dès lors l'art. 6 de la loi de pluviôse forme un tout complet, se suffit à lui-même et constitue la seule règle à appliquer en matière de ventes publiques de meubles. C'est au texte de la loi de pluviôse qu'il faut se référer. Là se trouve l'unique règle de la matière.

La Cour de cassation était du reste entrée déjà dans cette voie, par son arrêt du 9 mai 1832 (Sirey, 1832. 1. 337). Cet arrêt statue sur un cas de vente de meubles indivis entre cohéritiers. Un des héritiers avait acquis la totalité des meubles. Il s'agissait de savoir si l'acquéreur devait payer le droit de 2 p. 100 sur la totalité du prix, ou seulement sur la portion représentant les parts des autres héritiers dans les meubles indivis. Si la vente eût porté sur des immeubles, la question n'aurait pas été douteuse. L'acquéreur aurait été dispensé de tout droit sur la portion du prix représentant sa part dans les immeubles. En matière immobilière, il n'y a pas en effet de texte analogue à celui de l'art. 6 de la loi de pluviôse. Mais, il s'agissait de meubles et cette disposition était invoquée. L'arrêt du 9 mai 1832 fait pré-

Digitized by Google

valoir la loi de pluviôse sur la loi de frimaire qui est considérée comme partiellement abrogée, et il déclare que le droit sera perçu « sur le montant des sommes que contiendra le procès-verbal des séances. »

Tout le débat, comme on vient de le voir par cet exposé de l'argumentation de la Régie, se réduit donc à une question d'abrogation. La loi du 22 pluviôse an VII a-t-elle sur le point qui nous occupe dérogé à la loi du 22 frimaire?

Tout d'abord, nous sommes frappé d'une considération. La loi de pluviôse n'est pas uniquement et exclusivement une loi fiscale. Sans doute, elle contient des dispositions relatives à l'impôt, mais elle a surtout pour but de prescrire des formalités en matière de ventes publiques de meubles. Est-il dès lors présumable que l'on ait voulu le 22 pluviôse abroger ce qui avait été décidé le 22 frimaire et surtout porter atteinte à un principe aussi rationnel que celui qui n'admet le droit proportionnel qu'en cas de mutation? Il nous semble qu'une telle solution, contraire aux principes et au bon sens, aurait dû être expressément formulée.

Mais il y a une réponse plus catégorique à faire à l'argumentation de la Régie.

Recherchons les motifs de la loi. Pour quelle raison l'art. 6 décide-t-il que la perception s'établira sur le montant cumulatif de toutes les adjudications partielles des meubles exposés aux enchères? Ce n'est pas pour une raison fiscale; ce n'est pas pour aggraver l'impôt. C'est au contraire dans l'intérêt des contribuables et afin d'atténuer la charge qui pèse sur eux. En effet, comment les choses se passeraient-elles, si la règle de l'art. 6 n'existait pas? Il faudrait décomposer la perception et l'effectuer d'une matière isolée sur les adjudications partielles. Chaque adjudicataire devrait ainsi payer au minimum un droit égal à celui sous lequel la mutation mobilière se trouve tarifée, dans l'art. 69 de la loi de frimaire, soit 2 francs en principal. L'adjudication tranchée au prix de 1 franc paierait ainsi le droit de 2 francs. C'est pour échapper à cet excès de rigueur que la perception doit se faire sur le montant cumulatif des adjudications. L'impôt est ainsi atténué, modéré. Comment admettre dès lors

Digitized by Google

que l'art. 6 de la loi de pluviôse, article tout de faveur pour le contribuable, change tout à coup d'esprit dans la difficulté qui nous occupe et devienne un article rigoureux et de plus dérogatoire aux principes.

Le tribunal de la Seine s'inspirant de cette considération a rejeté la prétention de la Régie et celle-ci paraît s'être inclinée devant cette décision. (Voir dans le même sens l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 4 janvier 1886, rapporté en note sous le jugement du tribunal de la Seine, dans les recueils de Sirey et du *Journal du Palais*).

Impôt sur le revenu. — Société en participation (Cass. Req. 9 février 1867. *J. d. P.* 1888, p. 407).

L'arrêt précité décide que la société à laquelle il est réclamé l'impôt sur le revenu est une société par actions, que par suite la perception doit être établie, conformément aux principes applicables aux sociétés de cette nature. Ce qui, aux yeux de la Cour, distinguerait l'action de l'intérêt, serait la cessibilité. La cessibilité exclusive de l'*intuitus personæ* caractériserait l'action et la séparerait de l'intérêt. Les redevables avaient soutenu que leur société était une société en participation et qu'à ce titre elle échappait à l'application de la loi de 1872. Le tribunal de la Seine, dans son jugement du 18 décembre 1882, avait longuement discuté cette prétention, faisant entendre par là que, si elle avait dû être admise, l'impôt sur le revenu n'aurait pas été exigible. La Cour de cassation s'est montrée plus circonspecte : elle a évité de trancher une question délicate. Elle s'est contentée d'établir que l'on se trouvait en présence d'une société par actions.

Cette décision nous fournit une occasion toute naturelle de revenir sur le problème que nous avons déjà agité, dans un précédent article (*Rev. crit.* 1887, p. 79 et suiv.). La société en participation est-elle soumise à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières? En est-elle au contraire affranchie?

La Régie ne peut pas avoir de parti bien arrêté sur la question. En 1886, elle a soutenu, dans un mémoire devant la Cour de cassation, l'exigibilité de la taxe de 3 p. 0/0 à l'égard des sociétés

Digitized by Google

en participation. Mais, peu de temps auparavant, elle s'était montrée hésitante, déclarant qu'il était prudent de s'abstenir de toute réclamation à l'égard des sociétés de ce genre, en raison des tendances qui s'étaient déjà manifestées dans la jurisprudence. Parmi les auteurs, des autorités considérables s'étaient prononcées contre l'impôt (Voir le n° 200 du Traité de M. Demasure, *Régime fiscal des sociétés*) (Voir également le n° 27 du *Traité de l'impôt sur le revenu* de M. Tanqueray). M. Naquet a varié. Après avoir soutenu la thèse de l'affranchissement de tout impôt sur le revenu pour les associations en participation, il a enseigné la doctrine contraire.

La vérité est que nous sommes ici en face d'une question des plus embarrassantes.

Les arguments ne manquent pas en effet pour justifier la prétention de la Régie.

D'une part, comme nous le disions ici même en 1887, « le texte de la loi de 1872 est assez général pour embrasser toutes les sociétés, soit qu'elles jouissent, soit qu'elle ne jouissent pas de la personnalité civile. Il vise en effet, sans distinction, les actions et toutes les parts d'intérêts dans les sociétés, quels qu'en soient le caractère et la nature.

D'autre part, il est jugé que les droits d'enregistrement applicables en matière de contrats de sociétés sont dus à l'occasion des sociétés en participation comme à l'occasion des autres sociétés (Voir cass. 30 décembre 1884, *J. d. P.* 1886, 1, p. 760.) Puisqu'il n'est pas fait de faveur aux sociétés en participation, lorsqu'il s'agit des droits fixes gradués, il ne doit pas davantage leur en être fait, lorsqu'il s'agit d'impôt sur le revenu.

Nous avons cherché à expliquer cette exemption vers laquelle inclinent cependant les auteurs et les arrêts.

La raison que nous avons donnée précédemment était tirée de la nature même de la participation et de son fonctionnement. Les opérations de cette société ne se présentent pas aux tiers comme des opérations sociales, mais comme des opérations individuelles, personnelles aux associés qui agissent en nom. Au contraire, les actes d'une société civile se présentent aux tiers avec le caractère social. L'impôt sur le revenu peut bien atteindre les profits d'une

Digitized by Google

opération sociale; il ne peut pas atteindre les profits d'une opération personnelle à une ou plusieurs personnes, ces personnes fussent-elles d'autre part unies ensemble par le lien d'un contrat de société.

Le jurisconsulte qui a annoté au *Journal du Palais* et au Sirey l'arrêt du 3 février 1887 s'est élevé contre l'argument que nous avions ainsi présenté et il en a donné une critique fine et ingénieuse. Bien que nous n'ayions pas l'autorité nécessaire pour faire prévaloir notre sentiment, nous le prions de nous excuser, si nous y persévérons et si nous cherchons encore aujourd'hui à la justifier. « La logique, dit-il (*loco cit.*), conduit irrésistiblement à admettre que la loi du 29 juin 1872, conçue en termes non moins généraux que la loi du 28 février 1872 relative au droit gradué, étend nécessairement aux sociétés en participation l'application de la taxe sur le revenu, comme celle du 28 février y étend la perception du droit gradué, par la raison bien simple qu'elles ne font ni l'une ni l'autre aucune distinction entre les sociétés diverses qui peuvent se former entre les particuliers. Les règles de l'interprétation juridique, suivant lesquelles il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas, imposent inévitablement cette conclusion. »

N'est-il pas possible cependant de trouver une raison de distinguer entre les deux impôts?

Que le droit gradué soit exigible, lorsqu'un acte de société en participation est présenté à la formalité de l'enregistrement, cela ne semble pouvoir faire aucun doute. On ne peut nier l'existence de la société et dès lors qu'il y a société, les droits applicables à cette nature de contrats devront être perçus. Il est de règle que le préposé ne doit pas préalablement à l'établissement des droits vérifier la régularité ou l'irrégularité de l'acte qui lui est soumis. Il n'a pas davantage à rechercher ici si la société est une société en nom collectif ou une société en participation. Il suffit qu'il y ait société.

Mais il n'en est plus de même, lorsqu'il s'agit de l'impôt sur le revenu. Il faut alors qu'il y ait un fonds social, servant d'instrument aux opérations de la société. Peu importe que ce fonds social soit la propriété de la société ou soit indivis entre les

Digitized by Google

associés. La question de personnalité civile est indifférente au point de vue de l'impôt sur le revenu. Mais encore faut-il qu'il y ait un fonds social mis en commun, et la société en participation n'en comporte pas.

Cette interprétation de la loi n'a, selon nous, rien de téméraire. Le paragraphe 3 de l'art. 2 de la loi de 1872 y est au contraire absolument favorable. Réglant la détermination des conditions d'exigibilité de la taxe, il prescrit la perception, à défaut de délibération, sur « l'évaluation à raison de 5 0/0 du montant du capital social ou de la commandite. » Il faut donc qu'il y ait des valeurs réunies constituées en fonds social.

On s'est récrié contre la formule que nous avons donnée à notre pensée en 1887. Qu'importe, a-t-on dit, qu'une opération soit individuelle à l'égard des tiers, dès lors qu'il existe un contra de société embrassant cette opération?

Nous croyons, au contraire, que cette particularité n'est pas sans intérêt. Quel est en effet l'esprit bien certain de notre législation actuelle, en matière d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières? On peut affirmer qu'elle ne prescrit la taxte que snr les produits d'un fonds social, et non sur ceux d'une opération individuelle ou si l'on aime mieux d'un capital individuel. C'est bien, croyons-nous, la pensée dominante de l'art. 1er de la loi du 1er déc. 1875. « Les dispositions de l'art. 1er, § 3 de la loi du 29 juin 1872 ne sont pas applicables aux parts d'intérêt dans les sociétés commerciales en nom collectif. » Et comment justifiait-on cette exemption devant l'Assemblée nationale? Nous ne pouvons que citer ici un passage décisif, à nos yeux, du rapport présenté par M. Gouin, dans la séance du 22 novembre 1875 : « Le principe sur lequel repose la loi du 29 juin 1872 est « celui-ci : frapper d'un impôt de 3 0/0 le revenu produit par le « capital du commanditaire ou bailleur de fonds qui ne fait pas « valoir lui-même ce capital, exempter, au contraire, l'industriel « ou le commerçant qui travaillant ou seul ou en société en nom « collectif, engage dans une entreprise sa fortune tout entière, « son crédit et même son honneur. Ce principe repose sur une « idée simple et d'une application facile. » Est-ce que ces raisons ne sont pas absolument applicables aux bénéfices provenant

Digitized by Google

des opérations d'une société en participation? Est-ce que, dans chaque opération, l'associé qui agit en nom n'engage pas, selon la formule de M. Gouin, sa fortune entière, son crédit ou même son honneur?

Signalons enfin une conséquence, à laquelle on ne songe peut-être pas assez, de la doctrine qui assujettirait à l'impôt sur le revenu les entreprisés en participation. Si la taxe était exigible, à propos de ces sociétés, il n'y aurait plus qu'un pas à faire pour l'étendre aux opérations du commerçant agissant seul et spéculant avec ses propres capitaux. L'Assemblée nationale l'avait fort bien compris en 1875. M. Gouin ajoutait, en effet, dans son rapport après le passage cité plus haut : « Supposons qu'on « veuille aller plus loin et atteindre les sociétés en nom collectif, « pourquoi ne pas atteindre le commerçant qui travaille seul? « On comprend la distinction à établir entre celui qui ne « travaille pas; mais on comprend moins bien celle qu'on « voudrait créer entre celui qui travaille seul et ceux qui tra- « vaillent en société. Le premier est-il plus intéressant que les « seconds? »

En résumé nous serions porté à croire d'une part que le contrat de société en participation comporte la perception du droit fixe gradué; car lorsqu'il est présenté à la formalité on ne peut contester sa nature. Du reste, les sociétés en nom collectif comportent bien aussi le droit gradué, sans être passibles de l'impôt de 3 0/0. Les deux impôts ne sont donc pas inséparables. Il en est de même en matière de sociétés coopératives entre ouvriers et artisans. Elles aussi paient le droit gradué, mais non l'impôt sur le revenu. Nous penserions d'autre part que la participation peut et doit être traitée comme la société en nom collectif et par les mêmes raisons. Il y aurait même un *a fortiori* en faveur des participation. Si une opération se présentant comme opération sociale ne donne pas lieu à la taxe, parce que les associés y engagent leur fortune personnelle et leur honneur, il doit en être de même de l'opération qui se présente comme individuelle et non comme sociale et qui entraîne chez son auteur la même responsabilité.

CH. TESTOUD.

Digitized by Google

LES DEMANDES EN AUTORISATION DE POURSUITES CONTRE DES SÉNATEURS OU DÉPUTÉS.

(1880-1888).

par M. Albert Desjardins, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Le Sénat et surtout la Chambre des députés ont été, de 1880 à 1888, saisis d'un certain nombre de demandes en autorisation de poursuites. On peut tirer, non pas sans doute de décisions motivées, les Chambres n'ont pas à en rendre, mais des rapports présentés par les commissions auxquelles ces demandes ont été renvoyées, des discours prononcés pour les appuyer ou les combattre, les éléments d'une véritable jurispridence, qui permet de savoir comment est compris et comment s'applique l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875, ainsi conçu : « Chaque membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle, qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. — La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre Chambre est suspendue, pendant la session et pour toute la durée, si la Chambre le requiert. »

I. — *Dans quels cas et à quelles conditions l'autorisation doit être accordée.*

Il faut une cause grave : « Votre commission, dit M. Tony Révillon, dans un rapport du 16 mai 1885, à l'unanimité, moins une voix, est opposée à l'autorisation de poursuites. — Elle croit que l'inviolabilité des représentants du peuple ne peut être suspendue que dans des cas d'une gravité et d'une urgence exceptionnelles, intéressant l'ordre public ou les particuliers. » On le comprend sans peine; M. Albert Ferry avait précédemment (2 juin 1883) invoqué « le respect de la loi constitutionnelle, qui ne permet pas, *sans de graves motifs* que nous n'avons point aperçus, que les députés soient mis, par la nécessité de leur défense personnelle, dans l'impossibilité de remplir leur mandat, » et cette idée était reproduite par M. Blancsubé, le 1er juillet 1886.

D'où vient donc cette nécessité exceptionnelle de *graves motifs?* Il est bon de se fixer sur la nature de l'immunité pour en

Digitized by Google

déterminer l'application : « Deux opinions se sont trouvées en présence, disait M. Trarieux, le 7 juin 1880. D'après les uns, l'inviolabilité serait surtout destinée à nous défendre contre les poursuites dont l'animosité politique paraîtrait le mobile; et, par suite, chaque fois qu'il y aurait des éléments sérieux d'accusation, si, d'ailleurs, les faits incriminés présentaient une gravité réelle et s'il était impossible de mettre en doute la sincérité d'une demande en autorisation de poursuivre, cette autorisation devrait être accordée. — D'après les autres, l'inviolabilité est établie, non pas seulement pour protéger notre indépendance contre des entreprises hostiles, mais encore plus peut-être pour garantir au profit de la chose publique l'exercice de notre mandat. Attachée à la fonction et non pas à la personne, elle a pour but l'intérêt de tous, pour critère le respect de nos attributions sociales, pour limite les nécessités politiques. Il ne suffit pas dès lors qu'une demande de poursuites revête des dehors sérieux, et que sa bonne foi ne puisse être suspectée; pour qu'il soit fait droit, il faut, en outre, qu'elle implique l'indiscutable nécessité d'une répression et l'obligation impérieuse d'y sacrifier l'intégrité de la représentation nationale.... — La majorité des membres de la commission a été immédiatement d'accord pour reconnaître que, dès qu'on mettait en balance l'inconvénient de paralyser l'action publique qui menace M. le duc de Padoue et celui de le déposséder de son inviolabilité parlementaire, il était encore moins grave de suspendre à son égard le cours de la justice que de l'arracher à l'accomplissement de son mandat. »

M. Denormandie, dans un rapport déposé au Sénat le 17 juin 1884, reproduisait un passage emprunté à un rapport fait au Corps législatif le 3 avril 1854 par M. Langlais : « On doit rechercher seulement si la demande est loyale, sincère; si elle n'est point un prétexte pour enlever un député à son siège : telle est la mission de la commission, et ses investigations, à ce point de vue sont comme un premier degré d'instruction. Puis la Chambre décide. — Quand elle a la conviction que la poursuite est loyale et ne sert pas à déguiser une pensée de persécution, elle accorde l'autorisation, ce qui ne signifie nullement qu'elle reconnaisse ou présume l'existence du délit, mais ce qui a pour effet de rendre

Digitized by Google

à la justice sa liberté d'action. — Si, au contraire, la poursuite ne paraît pas sincère, la Chambre refuse l'autorisation, ce qui veut dire que, en présence (non de la justice), mais de passions politiques, elle entend que son indépendance soit respectée. » M. Denormandie ajoute : « Il est impossible de mieux indiquer l'esprif dont on doit s'inspirer. » On le voit, la doctrine n'est pas la même que celle de M. Trarieux; il réclame la sincérité et la loyauté plutôt encore que la gravité de la demande.

Comment faut-il entendre ces graves motifs qui pourraient seuls déterminer une Chambre à permettre des poursuites contre un de ses membres? Il s'agit sans doute de la gravité intrinsèque que présentent les faits imputés à tel sénateur ou député. Mais n'y aurait il pas d'autres circonstances à prendre en considération que la qualification et la peine qui se trouvrent dans la loi ?

M. Achard disait dans un rapport lu le 17 novembre 1887 : « Nous avons d'autant moins hésité à accorder l'autorisation que nous sommes plus jaloux de voir la lumière se faire éclatante et inexorable sur les faits visés par M. le procureur général. — Il ne faut pas que ces faits puissent être mis, même un jour, à la charge du régime républicain, et nous avons le droit de proclamer hautement qu'ils sont en contradiction manifeste avec les principes de dignité, d'honneur et de loyauté absolue qui sont l'essence même de la République. » M. Millerand déclare, à l'appui de la demande, « qu'il est un sentiment qui, à certains moments a paru fléchir dans la conscience publique et que nous avons le devoir d'affirmer ici : c'est celui de l'égalité de tous devant la loi. »

Au premier abord, il paraît un peu étonnant que la crainte de compromettre le régime tout entier en manifestant une condescendance excessive pour les coupables puisse agir sur la décision de la Chambre. C'est qu'on a quelque peine à dispenser les sénateurs ou les députés des obligations qui s'imposeraient à des juges : des juges ne doivent pas condamner ou acquitter par crainte de ce qu'on pensera dans le pays de leur sentence; l'opinion publique n'est pas une des circonstances qui doivent peser dans leur balance; mais les sénateurs ou députés ne sont pas des juges; ils demeurent des hommes politiques, ils forment encore une assemblée politique, lorsqu'ils sont appelés à statuer sur une demande en autorisation.

Digitized by Google

II. — *Quelles sont les questions que doit se poser la Chambre à laquelle est demandée une autorisation de poursuites?*

Il y a trois questions qui se posent nécessairement devant la Chambre. On lui demande d'autoriser à poursuivre un de ses membres en matière criminelle ou correctionnelle, mais allègue-t-on qu'il ait été commis un crime ou délit? En second lieu, est-ce bien au sénateur ou au député qu'on l'impute? En troisième lieu, cette imputation offre-t-elle quelque vraisemblance?

Il faut en premier lieu que les faits imputés à un sénateur ou à un député présentent réellement le caractère de délits prévus et punis par la loi. Ce caractère manquait, d'après M. Goblet, aux faits relevés contre le député que le procureur général à la Cour de Paris demandait l'autorisation de poursuivre dans la séance du 17 nov. 1887, aussi M. Goblet annonçait-il qu'il s'abstiendrait.

En second lieu, l'imputation doit être dirigée contre le sénateur ou contre le député en personne : « Votre commission, disait, dans un rapport du 17 juin 1884, M. Denormandie, a été assez surprise de voir qu'on la plaçait en présence d'un texte d'accusation qui s'adresse à une collectivité (un syndicat), mais qui ne fait la part de personne en particulier. — Elle a été surprise, puisqu'on a conçu la pensée de mettre en cause des membres du Parlement et puisqu'on sollicite une mesure exceptionnelle à leur égard; elle a été surprise, disons-nous, de ne pas voir se dégager, d'une façon distincte, les faits particuliers qui pourraient concerner, par exemple notre collègue, M... — Or, cette netteté et cette précision sont particulièrement indispensables lorsqu'on s'adresse à la juridiction répressive. » M. Gatineau disait en même temps (18 juin 1884), dans un rapport à la Chambre des députés : « (Votre commission) a examiné la citation en police correctionnelle, qui contient l'énumération de tous les griefs des plaignants. Aucun de ces griefs n'est rattaché d'une façon spéciale à nos collègues, de telle sorte que, en acceptant comme établies toutes les allégations des plaignants, il aurait été impossible d'y trouver les éléments d'une responsabilité pénale contre nos collègues. »

Quant à la troisième question, comment ferait une Chambre pour ne s'en préoccuper pas, à moins qu'elle ne voulût aban-

Digitized by Google

donner les plus respectés de ses membres à la plus invraisemblable des allégations ?

Pour répondre aux trois questions que nous venons d'indiquer comme se posant d'une manière presque nécessaire, soit ensemble, soit isolément, il est indispensable d'examiner le fond de l'affaire, au moins dans une certaine mesure : « (Votre commission) a pensé, dit M. Denormandie (*l. cit.*), qu'un corps politique peut toujours se livrer à l'examen qui lui est demandé sans s'immiscer dans des questions de droit criminel, sans se livrer à une instruction, qui ne serait pas sans danger, des faits incriminés et sans empiéter sur les droits des pouvoirs judiciaires... Votre commission a donc dû se livrer, non à une instruction complète et générale de l'affaire, ce qui eût excédé sa compétence, mais elle a seulement éclairci les faits principaux et le caractère exceptionnel qui pouvaient concerner notre collègue. » Le principe est posé comme il peut l'être; en certaines matières, on demanderait plus de rigueur et de précision; ici l'idée générale peut seule être exposée; c'est au tact et au bon sens des hommes appelés à la mettre en pratique qu'il appartient d'étendre ou de borner l'examen nécessaire, se rappelant qu'ils ne sont pas des juges, sans oublier qu'il faut prendre connaissance des faits pour savoir s'ils doivent les renvoyer aux juges véritables.

Sans doute, une commission, la Chambre elle-même n'ont pas à « examiner au fond la demande dont elles sont saisies. » (M. Blancsubé, 1er juillet 1886).

Mais il faut savoir ce dont on parle et surtout ce dont on décide : « Plusieurs d'entre nous, dit M. Trarieux (*l. cit.*), ont cru pouvoir pousser plus loin l'étude des circonstances au milieu desquelles cette instruction (relative à M. le duc de Padoue) devrait se poursuivre et en ont tiré des argument auxiliaires qu'il ne nous paraît pas permis de vous laisser ignorer. — Ils ont fait observer que les dispositions légales invoquées contre M. le duc de Padoue avaient rencontré, dans le passé, des contradicteurs à l'application qu'il s'agissait d'en réclamer, ce qui pouvait permettre quelque incertitude sur leur sens exact. Il leur a, d'autre part, semblé admissible que l'un des éléments essentiels du délit allégué, l'intention, pût être écarté. Enfin, sans prétendre em-

Digitized by Google

piéter sur l'œuvre de la justice, ils ont vu dans la possibilité d'une défense sérieuse de la part de notre collègue une nouvelle raison de circonspection pour nous. »

Ainsi l'examen avait porté sur une question de droit : la loi était-elle applicable au cas où se serait trouvé M. le duc de Padoue? Sur une question de fait : y avait-il eu de sa part intention coupable? Enfin la seule possibilité d'une défense sérieuse pouvait ou devait arrêter la Chambre.

Dans une autre circonstance (18 juin 1884), la commission ne reculait pas devant l'étude d'un dossier : « Votre commission, lisait-on dans un rapport de M. Gatineau, a examiné les pièces produites; elle n'a trouvé aucune pièce probante parmi elles.

La nécessité de cet examen poussé jusqu'au fond fournit une objection naturelle à ceux qui veulent combattre le rapport. On reproche à la commission d'avoir excèdé les limites de ses pouvoirs. La réponse est aussi naturelle que l'objection; elle consiste à dire qu'on a fait ce qu'on était forcé de faire pour remplir la fonction. M. Jolibois, dans la séance du 18 juin 1884 à la Chambre des députés, dit : « L'honorable rapporteur ne paraît pas s'être suffisamment mis en garde contre un entraînement naturel... L'honorable M. Gatineau a plaidé l'affaire... Je ne trouve, dit-il, aucune pièce probante. Oh! Messieurs, prenons-y garde; si on ajoute foi à une semblable énonciation, mais les malheureux qui vont plaider auront déjà contre eux la décision de la Chambre des députés, non-seulement parce que la Chambre aura refusé des poursuites, mais parce qu'elle les aura rejetées par le motif qu'il n'y a aucune pièce probante... On a parlé de pièces probantes qui manquaient au dossier. Je voudrais bien savoir si, avant de juger ici la cause, on a provoqué des explications de la part des plaignants, s'ils ont été appelés au sein de la commission et si, par contre, on n'a pas entendu les députés que visait la plainte en justice. » M. Jolibois reproche ensuite au rapporteur d'avoir tranché des questions controversées de droit sur la responsabilité et la prescription.

« Voici, répond M. Gatineau, comment l'affaire se présentait et comment toute affaire de cette nature se présente toujours en pareil cas. — Quand des plaignants adressent à la Chambre une

Digitized by Google

demande en autorisation de poursuites, cette demande n'a de raison d'être qu'autant qu'ils produisent à la charge des députés ou qu'ils allèguent contre eux l'existence de délits. S'ils n'allèguent pas l'existence de délits, ils n'ont pas besoin de poursuivre en police correctionnelle et de demander une autorisation de poursuites. Eh bien! prenons la citation, et vous verrez que, si on y énonce des infractions à la loi de 1867, on n'en rattache pas une seulement à nos collègues. Il faut bien que je dise cela. Je ne puis pas dire qu'ils sont coupables, quand ils ne le sont pas, quand leurs adversaires ne les accusent même pas spécialement... Nous sommes bien d'accord sur ce point que, si ces députés n'ont commis aucun délit, ils ne doivent pas être l'objet d'une demande en autorisation de poursuites. »

III. — *Quelle importance il faut attacher au consentement du sénateur ou député poursuivi.*

Le sénateur ou député contre lequel est formée une demande peut de lui-même, par un sentiment généreux, dont il arrivera bien quelquefois qu'un habile calcul revête l'apparence, réclamer pour que ses collègues ne lui imposent pas une protection qui lui donnerait l'air de redouter la justice et la publicité. Il n'appartient pas à celui qui jouit d'une immunité établie dans un intérêt public, et non pas dans un intérêt privé, d'y renoncer, de nuire à l'intérêt public en y renonçant. On lit... « Appelés par la commission, dit M. Albert Ferry (*Rapport* du 2 juin 1883), nos deux collègues ont insisté pour que l'autorisation de poursuites fût immédiatement accordée; le soin de leur dignité, ont-ils dit, leur faisait un devoir de se trouver le plus vite possible devant la justice, en face de leur adversaire. Cette attitude était inspirée par un sentiment des plus respectables, mais nous n'avions à consulter ni les convenances, ni l'intérêt particulier de nos collègues. Un devoir plus haut s'imposait à nous... »

IV. — *De la nécessité de demander l'autorisation de poursuivre avant tout acte de procédure.*

L'ordre dans lequel le tribunal de répression doit être saisi et la Chambre à laquelle appartiendrait un prévenu consultée a encore soulevé une question. A la séance du 6 juillet 1886, à la

Digitized by Google

Chambre des députés, M. Blancsubé disait : « La jurisprudence des assemblées a consacré ce principe que la Chambre ne pouvait se considérer comme régulièrement saisie d'une demande en autorisation de poursuites avant que le demandeur ait introduit une instance devant l'autorité judiciaire et que le tribunal ait déclaré surseoir à raison de la qualité du député en cause. »

Tout autre, en tous cas, paraît être la jurisprudence de l'autorité judiciaire : « Attendu, dit la Cour de cassation (5 août 1882), que, aux termes de l'art. 14 de la constitution du 16 juillet 1875, aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté, en matière criminelle ou correctionnelle, qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit; qu'il suit de là que cette autorisation est la base nécessaire et légale de toute poursuite exercée, au cours de session, contre un membre du Parlement, et que tout acte de poursuite fait sans cette autorisation est frappé de nullité ; — Attendu que la citation qui saisit la juridiction criminelle ou la juridiction correctionnelle est un acte de poursuite... »

La jurisprudence des assemblées, dont on parlait en 1886 à la Chambre des députés, était elle-même bien peu solidement établie, à en juger par le rapport de M. Denormandie au Sénat, le 17 juin 1884 : « On a d'abord et pendant longtemps pensé que ce mode de procéder, c'est-à-dire la citation de la propre autorité des plaignants et avant l'intervention du Parlement, était valable. On estimait qu'une assemblée ne pouvait se considérer comme régulièrement saisie avant que les demandeurs aient introduit une action devant l'autorité judiciaire, et que le tribunal ait déclaré surseoir à statuer à raison de la qualité du sénateur ou du député mis en cause. Si la preuve d'un commencement d'action n'était pas exigée, disait-on, il serait trop facile à de simples particuliers de rendre publiques, par la voie du *Journal officiel*, les accusations qu'il leur plairait de porter sans motifs sérieux contre la réputation des membres du Parlement; les Chambres, même en refusant d'accorder des demandes faites à la légère, ne réussiraient pas à détruire le préjudice porté à l'honneur de leurs membres par des calomnies dont les partis politiques pourraient s'emparer; les citoyens ne doivent pas plus être dispensés des

Digitized by Google

formalités de la procédure que le ministère public. Or, lorsque le parquet veut demander une autorisation de poursuites, il attend que les éléments de l'information soient assez complets pour lui permettre de présenter un réquisitoire sérieux. Mais cette jurisprudence est aujourd'hui changée. » Après avoir cité l'arrêt de la Cour de cassation, que nous avons rapporté en partie, M. Denormandie ajoutait : « Il est donc aujourd'hui constant que le point de départ nécessaire de toute instance criminelle dans laquelle se trouve impliqué un membre du Parlement, c'est l'autorisation même du Sénat ou de la Chambre des députés. Aucune citation ne saurait l'atteindre sans l'autorisation préalable. » Cet exposé paraît aussi irréfutable qu'il est lumineux.

V. — *Influence de la demande en autorisation de poursuites sur la prescription de l'action publique.*

Il est bien peu de demandes en autorisation de poursuites à propos desquelles ne soient agitées ou tout au moins indiquées des questions relatives à la prescription. On se demande toujours, à moins que l'évidence ne rende la demande superflue, si le poursuivant ne sera pas encore en temps utile pour saisir la justice après la session close, à un moment où le droit commun reprend son empire, où, le député n'étant plus protégé par la garantie parlementaire, la Chambre n'a plus à examiner si elle doit apporter une exception à un régime exceptionnel, toujours partagée entre la crainte de sacrifier ses privilèges et celle de choquer le sentiment public en portant une atteinte dont il pourrait se scandaliser au principe de l'égalité devant la loi.

« Il n'y a pas à craindre, disait M. Blancsubé, dans son rapport du 1er juillet 1886, que la prescription puisse éteindre l'action que se propose d'exercer M. Brousse, puisque la clôture de notre session est prochaine et que l'immunité parlementaire ne couvrira plus le député et que M. Brousse pourra agir librement. »

Cette considération de fait s'est présentée dans un cas où la prescription était tout-à-fait imminente ; l'autorisation était demandée contre un sénateur et deux députés. Au Sénat (17 juin 1884), c'était le président qui disait le mardi : « Mercredi soir, c'est-à-dire jeudi matin, la prescription serait acquise. » Le lendemain, 18 juin,

Digitized by Google

M. Gatineau écrivait dans le rapport qu'il adressait à la Chambre des députés. « La prescription sera acquise le 19 juin. »

Il est vrai qu'il ajoutait : « Mais, d'ici le 19, des plaideurs peuvent parfaitement introduire une action commerciale ou une action civile. » C'est un moyen qui n'appartient jamais au ministère public, et, dans le cas présent, il restait un délai bien court aux personnes qui se prétendaient lésées pour prendre une nouvelle direction.

A l'argument tiré de la prescription imminente, un sénateur, M. Ninard, faisait une autre réponse. Il interrompait pour dire : « La poursuite dirigée contre les prévenus interrompt la prescription. » — M. le président. « Ce point est controversé. » — M. Ninard. « La question est tranchée par la jurisprudence dernière. » — L'observation de M. Ninard s'accorde avec un développement de M. Trarieux (*Rapport* du 7 juin 1880) qui en fixe bien le sens : « Quelques membres de la minorité ont déclaré qu'ils n'hésiteraient pas, eux aussi, à reconnaître que dans une situation ordinaire, malgré le caractère grave de la prévention, il n'y aurait point lieu de livrer M. le duc de la Paloue à la justice; mais ils se sont déclarés retenus par un scrupule, celui de le faire bénéficier d'une prescription de court délai, et de voter ainsi, en réalité, à son profit un bill d'indemnité, qui transformerait en un véritable privilège d'impunité l'usage de nos prérogatives parlementaires. — Cette crainte, sur la portée de laquelle la commission s'est abstenue de se prononcer, n'a pas, en fait, paru fondée à un certain nombre de membres de la majorité, qui l'ont énergiquement combattue. — Sans doute, il ne nous appartenait point d'empiéter sur le domaine du pouvoir judiciaire;... mais il nous fallait bien apprécier la valeur probable d'une préoccupation qui pouvait nous influencer; et, dans la mesure du pouvoir d'appréciation qui nous était remis, nous avons été conduits à rechercher si cette préoccupation pouvait avoir le caractère d'une objection sérieuse. — Le délit électoral imputé a M. le duc de Padoue se prescrit par trois mois; mais il est certain que cette prescription est soumise aux principes généraux du droit criminel. — S'il a été soutenu en thèse par des auteurs isolés que la prescription criminelle n'était susceptible,

Digitized by Google

ni d'une interruption, ni d'une suspension, la généralité de la doctrine, au contraire, admet qu'elle est interrompue ou suspendue sous l'action des mêmes causes qui peuvent modifier le cours de la prescription civile. — Des arrêts univoques ont consacré cette doctrine, et il est de jurisprudence que les empêchements de droit à l'exercice de l'action ou l'impossibilité d'action tiennent en arrêt la prescription criminelle, suivant la règle : *contra non valentem agere non currit præscriptio.* — Il a été notamment indiqué que, sous l'empire de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, la Cour de cassation avait déclaré interrompue une prescription commencée vis-à-vis d'un fonctionnaire public pendant la procédure en autorisation de poursuites devant le Conseil d'Etat. — Le 1er mars 1864, la Cour de Metz a statué dans le même sens, au cas particulier de délit électoral. — Enfin la loi elle-même n'a-t-elle pas affirmé le principe dans une espèce d'analogie encore plus frappante, lorsque, soumettant la poursuite d'un délit d'offense envers les Chambres à la nécessité de leur autorisation préalable, elle ajoutait que la prescription de ce délit serait suspendue pendant la durée des prorogations à raison de l'impossibilité matérielle de mettre la procédure en état durant cette période d'inertie forcée? — Ne semble-t-il pas résulter de là que, lorsque le ministère public requiert l'autorisation de poursuivre un de nos collègues, il fait tout ce qu'il doit et tout ce qu'il peut; et que, si l'exercice de l'action publique est paralysé dans ses mains par une décision à laquelle il est étranger et sur laquelle il n'a pu exercer aucune influence, il se trouve donc sous le coup d'une force majeure qui conserve son droit et le tient en suspens? »

C'était en 1880 que s'exprimait M. Trarieux, l'un des rapporteurs les plus distingués, assurément, qu'aient eu les commissions formées par la Chambre des députés au sujet des demandes d'autorisation de poursuites. Il résulte de ce qui se disait au Sénat en 1884 que la doctrine soutenue par lui quatre années auparavant n'était pas regardée comme incontestable. Elle est bien loin de l'être, en effet; le Code d'instruction criminelle a sans doute établi une certaine espèce d'interruption; il est resté complétement muet sur les causes de suspension. En existe-t-il? S'il

Digitized by Google

en existe, quelles sont-elles? Questions toujours controversées, auxquelles le Parlement peut apporter une solution législative, que chacune des deux Chambres ne peut trancher séparément, ni regarder comme définitivement tranchées par la jurisprudence. La doctrine exposée par M. Trarieux est absolument sensée; ce n'est pas encore tout ce qu'il faut. ALBERT DESJARDINS.

EXPLICATION DE LA LOI DU 28 MARS 1885 SUR LES MARCHÉS A TERME,

Par M. P. LACOSTE, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

Il y a un peu plus d'un siècle et demi, une réglementation rigoureuse des opérations de Bourse sortit des ruines qui accompagnèrent l'effondrement du système de Law; il y a quelques années, un autre désastre financier a déterminé la promulgation d'une loi favorable à la liberté des transactions. En 1724, en présence des conséquences des opérations engagées avec une ardeur fiévreuse sur les actions de la Banque royale et de la Compagnie des Indes, on résolut d'entraver le plus possible les achats et les ventes de valeurs de Bourse : les agents de change ne purent faire que des opérations au comptant; toute négociation d'effets royaux et autres fut interdite dès lors qu'elle avait pour objet une opération à terme. En 1885, à la suite d'une commotion dont la Bourse éprouvait encore le contre-coup, on s'est attaché au contraire à faire disparaître le régime exceptionnel auquel les marchés à terme se trouvaient soumis.

D'ailleurs ce régime n'était plus celui de l'arrêt du Conseil de 1724; la jurisprudence reconnaissait aux agents de change le droit de servir d'intermédiaires dans les opérations à terme lorsqu'ils avaient reçu avant le contrat les effets à livrer et les sommes à payer; en outre, elle admettait depuis longtemps la validité de ces opérations, même quand il y avait eu vente de titres dont le vendeur n'était pas encore propriétaire, achat d'effets dont l'acheteur n'avait pas le prix à sa disposition au moment du contrat : il suffisait que le marché n'eût pas le caractère d'un pari. Mais on rencontrait en matière de marchés à terme une double dérogation au droit commun. Si la loi ne donne pas d'ac-

Digitized by Google

tion pour le paiement de la dette née d'un pari, elle ne considère pas en général le pari comme un délit ; il en était autrement pour certaines valeurs de Bourse : les art. 421 et 422 du Code pénal frappaient les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics d'un emprisonnement de un à deux ans et d'une amende de cinq cents à dix mille francs. De plus, la jurisprudence voyait un pari en matière de Bourse là où on n'aurait pas vu un pari en matière ordinaire ; l'exception de jeu était déclarée recevable à l'égard d'opérations pour lesquelles en droit commun elle eût été rejetée.

La loi du 28 mars 1885 a abrogé les art. 421 et 422 du Code pénal ; elle a supprimé une peine qu'il paraissait malaisé, comme on le verra, de justifier, et dont le ministère public avait cessé de demander l'application.

Quant à l'exception de jeu, le législateur remarquait qu'en pratique elle était opposée aux agents de change par leurs clients alors que les agents de change ne l'opposaient jamais à ces derniers. On se trouvait ainsi en face de cette situation singulière : l'opération avait-elle réussi, le client ne manquait pas d'en réclamer le bénéfice qui était très exactement versé entre ses mains ; avait-elle échoué, il invoquait l'exception de jeu et laissait la perte à la charge de l'agent de change. Le client qui donnait l'ordre de conclure un marché constituant un pari pouvait donc se dire que, si la hausse ou la baisse attendue par lui se produisait, il avait la certitude de recevoir son gain, et que, si la chance le trahissait, il userait du moyen offert par la loi de se soustraire à la perte. L'exception de jeu avait, de la sorte, pour résultat de favoriser un calcul fort peu honnête, et par là même elle était un encouragement aux opérations dont on avait voulu diminuer le nombre.

Il est vrai que l'agent de change, dans le cas où le marché n'était qu'un pari, pouvait se refuser à l'exécution des ordres de son client : mais en fait il usait rarement de ce droit ; le caractère de l'opération était loin d'apparaître, en général, avec clarté, et l'agent de change, s'il avait voulu se mettre complétement à l'abri de l'exception de jeu, eût empêché la conclusion de la plus grande partie des marchés à terme.

Or la suppression de ces marchés n'était rien moins que le

Digitized by Google

vœu du législateur de 1885; si en 1724 les opérations à terme sur les effets publics et autres étaient considérées indistinctement comme funestes à l'Etat et aux particuliers, le législateur de 1885 posait, au contraire, en principe l'utilité de ces opérations. Sans doute beaucoup de personnes réprouvaient, parmi les opérations auxquelles les agents de change prêtaient leur ministère, celles qui étaient de simples paris; mais bien loin de songer à supprimer pour cela les opérations à terme sur les valeurs mobilières, le législateur voulait au contraire, tout en essayant d'écarter celles que l'on condamnait, favoriser le développement des autres.

Et il a pensé que le meilleur moyen d'atteindre ce double but était d'astreindre tous les clients des agents de change à l'exécution de leurs engagements. D'un côté, ceux qui se lançaient avec empressement dans les opérations de Bourse donnant lieu antérieurement à l'exception de jeu trouveraient maintenant un frein dans une législation qui les soumettrait à la responsabilité des ordres donnés. D'un autre côté, les agents de change traverseraient moins péniblement, pour le plus grand avantage du marché, les crises financières, dont ils supportent presque toujours en partie le fardeau; en outre, dès lors qu'ils ne rencontreraient plus d'obstacle légal au remboursement de leurs avances, ils se montreraient encore plus disposés qu'autrefois à exécuter les ordres de leurs clients, et, dans les moments de crise, ils seraient moins tentés de faire subir aux opérations à terme de brusques arrêts qui précipitent les catastrophes. Ainsi du même coup la loi augmenterait le nombre des négociations qu'il importait certainement d'encourager, et restreindrait les opérations contre lesquelles se prononçait le sentiment public.

A la vérité, il ne fallait pas se flatter de voir ces dernières disparaître complétement du marché : la nécessité d'exécuter son engagement ne retiendrait pas toujours celui qui avait l'intention de se livrer à ces opérations; le système nouveau aurait même pour conséquence de les rendre en un sens plus faciles, puisqu'il enlevait à l'agent de change, avec la crainte de l'exception de jeu, un motif de refuser son ministère. Ces opérations se produiraient donc encore, et elles se produiraient cette fois autorisées, consacrées par la loi. Mais on ne devait pas s'en alarmer;

Digitized by Google

on ne devait même pas souhaiter leur entière disparition. On leur a souvent reproché de créer une agitation stérile, mais elles jouent, en définitive, un rôle utile dans le marché des valeurs mobilières; on peut même dire qu'elles jouent un rôle nécessaire. C'est par la multiplicité des achats et des ventes que se soutient le marché, que les émissions réussissent, que les titres se classent; or les opérations dont il s'agit forment l'objet de la catégorie de beaucoup la plus considérable des négociations de valeurs mobilières; elles animent ainsi le marché auquel les autres négociations, trop peu nombreuses, ne donneraient pas une vie suffisante.

Mais voulait-on écarter toute considération d'utilité et n'envisager que le côté moral : eh bien ! même à ce point de vue il a semblé au législateur de 1885 qu'il était possible de prendre la défense de ces opérations. Elles n'offrent pas à ses yeux le caractère « du jeu que la morale réprouve, » c'est-à-dire « des jeux de hasard. » « Un joueur va à Monte-Carlo; il met vingt francs sur la rouge. Il n'y a là ni prévision, ni calcul, ou, s'il y en a, les malheurs inévitables qui attendent les auteurs de systèmes prouvent qu'ils sont illusoires; la chance seule décide du succès ou du revers; il n'y a aucune raison qui puisse faire croire que la rouge sortira plutôt que la noire : c'est le hasard pur [1]. » Au contraire, dans les opérations de Bourse dont il est ici question, c'est le calcul qui doit intervenir avant tout, aussi bien que dans les autres; ce sont des combinaisons raisonnées qui assurent le succès; les prévisions doivent être établies sur des considérations qui ont même parfois quelque chose de mathématique; et l'on peut arriver, non sans doute à éliminer entièrement l'*aléa*, mais du moins à le restreindre autant qu'il est possible de le restreindre dans les affaires.

Au reste, il y a là un art difficile, dans la pratique duquel il faut apporter une véritable science de la Bourse. Beaucoup de personnes qui se lancent inconsidérément dans ces opérations, qui s'y engagent sans des éléments sérieux d'appréciation, sont victimes de leur ignorance. On s'est armé souvent de leurs mal-

[1] Rapport de M. Naquet à la Chambre des députés, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 2214.

Digitized by Google

heurs, et l'on en a tiré cette conclusion qu'il fallait interdire les « jeux de Bourse » plus rigoureusement encore que les jeux de hasard. Le législateur de 1885 ne conteste pas que les jeux de Bourse soient plus dangereux que les jeux de hasard; mais il n'a pas cru qu'il fallût pour cela défendre aux agents de change de servir d'intermédiaires dans les marchés de ce genre. Il a pensé que l'abus ne devait pas faire proscrire l'usage. D'ailleurs les dangers qui menacent ceux qui s'aventurent à la Bourse sans connaître suffisamment le mécanisme de ses combinaisons n'existent pas seulement pour les opérations connues sous le nom de « jeux de Bourse »; on les rencontre aussi dans les autres opérations : fallait-il donc fermer la Bourse ? Et la Bourse n'est pas le seul endroit où les ignorants du métier soient exposés à des revers; l'homme qui veut, par exemple, ouvrir une usine sans connaître le principe de l'industrie qu'il entreprend court à une ruine à peu près certaine : fallait-il donc prohiber l'industrie? Enfin un certain nombre de ceux qui s'engagent ainsi à la légère dans les opérations de Bourse avaient, dans des circonstances récentes, soulevé contre eux l'opinion publique par la facilité avec laquelle ils avaient invoqué l'exception de jeu le lendemain même du jour où ils se félicitaient de trouver dans le jeu une source de gros bénéfices; c'était précisément l'émotion causée par ce spectacle qui avait déterminé la mise à l'étude de la loi nouvelle. Les conséquences peu morales de l'exception de jeu opposée aux agents de change en faisaient prononcer la condamnation; ce n'était plus en abritant derrière elle le client téméraire qu'il fallait empêcher les ruines, mais en le rendant plus timoré par une disposition qui le laisserait aux prises avec les suites de son imprudence. Et si la crainte de l'action en justice était sans effet sur lui, du moins les opérations s'effectueraient désormais dans des conditions plus satisfaisantes pour la morale.

On objectait que ceux qui subissent des pertes à la Bourse ont plus d'une fois à se plaindre d'escroqueries. Ce n'est pas une raison, était-il répondu, pour empêcher l'agent de change honnête d'exercer le droit de répétition contre son client. Au surplus, la Bourse n'a pas le monopole de l'escroquerie; propose-t-on

Digitized by Google

de prohiber le commerce honnête parce qu'il y a des commerçants sans scrupule?

C'est sous l'influence de ces diverses idées que le législateur a mis désormais les agents de change à couvert de l'exception de jeu. Pour obtenir ce résultat, il suffisait de rejeter ce que la notion du pari en matière de Bourse présentait de spécial, d'exceptionnel, et de la ramener aux termes du droit commun. C'est ce qu'a fait, comme on le verra, la loi du 28 mars 1885.

Mais un certain nombre d'auteurs ne considéraient pas seulement comme interdits aux agents de change les marchés à terme ayant le caractère d'un pari; d'après eux, les agents de change devaient s'abstenir de toute négociation dès lors que le vendeur n'avait pas entre les mains le titre et l'acheteur le montant du prix; ils devaient, en un mot, s'abstenir de tout marché à terme fait à découvert. Aussi la loi de 1885 commence-t-elle par proclamer le principe de la légalité des marchés à terme.

J'examinerai d'abord ce principe; puis je montrerai que le législateur a rejeté l'exception de jeu à l'égard d'opérations pour lesquelles l'admettait la jurisprudence; je dirai quelques mots de la partie de la loi qui concerne le Code pénal, et je me demanderai en dernier lieu si la loi nouvelle a ou non effet rétroactif.

I.

L'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724, qui interdisait aux agents de change toute négociation ayant pour objet une opération à terme, frappait de destitution et de trois mille livres d'amende ceux d'entre eux qui contreviendraient à la défense. Cette pénalité ne fit pas disparaître les marchés à terme; le nombre en était même devenu relativement considérable à la fin du règne de Louis XVI. Trois arrêts du Conseil (arrêts du 7 août et du 20 octobre 1785 et du 22 septembre 1786) renouvelèrent la prohibition méconnue; la violation de la loi entraînait la nullité du marché, l'exclusion de la Bourse et une amende de vingt-quatre mille livres qui n'était pas seulement encourue par l'agent de change, mais aussi par son client. Toutefois, selon la remarque de M. L. Chevalier,

Digitized by Google

membre d'une commission chargée en 1867 d'étudier la question des marchés à terme, le législateur, malgré toute sa sévérité, dut composer avec les besoins nouveaux des affaires et les progrès des idées économiques. On ne défendit plus aux agents de change que les marchés à découvert ; le marché à terme fut, en principe, autorisé pourvu que le terme n'excédât pas deux mois à compter du jour du contrat. Il fut même permis d'acheter sans avoir à sa disposition le montant du prix ; la vente à découvert resta seule prohibée. Le vendeur devait être propriétaire des effets au moment de la conclusion du contrat. Au reste, on n'exigeait pas la remise immédiate des titres entre les mains de l'agent de change ; il suffisait que le vendeur déposât chez un notaire les pièces justificatives de sa propriété.

La Convention se montra très hostile aux marchés à terme. En vertu d'un premier décret du 13 fructidor an III, toute personne convaincue d'avoir vendu des effets dont au moment de la vente elle n'aurait pas la propriété devait être condamnée à deux années de détention, à la confiscation de tous ses biens, et à l'exposition en public avec un écriteau sur la poitrine portant le mot : *agioteur*. Un second décret du 28 vendémiaire an IV, dans son art. 4, déclarait nulles, et prohibait sous les mêmes peines, toute espèce d'opérations à terme sur les effets publics et autres.

Sous le Consulat, ces opérations furent l'objet de la même défaveur. L'arrêté du 27 prairial an X exigeait que chaque agent de change fût nanti des effets qu'il vendait, ou des sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achetait ; les marchés à terme étaient ainsi prohibés sans distinction entre la vente et l'achat. Au reste, l'arrêté ne procédait pas par voie de défense directe ; il ne faisait que rappeler une règle de la législation en vigueur ; cette législation, et la prohibition qu'elle édictait, pouvait donc être considérée comme maintenue pour toutes les opérations à terme.

Le Code de commerce ne contint aucune disposition, du moins aucune disposition apparente, sur les marchés à terme. Mais l'art. 421 du Code pénal punit les paris sur la hausse ou la

Digitized by Google

baisse des effets publics, et l'art. 422 déclara que serait réputée pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seraient pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

Somme toute, quelle solution devaient désormais donner les tribunaux au sujet de la validité des opérations à termes sur les valeurs mobilières? Cette question avait soulevé une vive controverse qui, on l'a vu, n'était pas encore éteinte au moment où fut élaborée la loi de 1885. On ne contestait guère la validité de ces opérations dans le cas où les agents de change étaient nantis des effets et des sommes, mais les auteurs étaient très divisés lorsqu'il s'agissait des marchés à découvert.

Pour les uns, le silence du Code de commerce était la confirmation implicite des règles admises au moment de sa promulgation, c'est-à-dire la confirmation du principe de la nullité. On essayait même de faire sortir cette nullité de deux articles du Code de commerce. D'après l'art. 86, les agents de change ne devaient pas se rendre garants des marchés dans lesquels ils s'entremettaient; quel était le sens de cette disposition? Le Code de commerce ne voulait pas dire évidemment que les agents de change n'étaient pas responsables de l'exécution du marché; car, assujettis à l'obligation du secret par l'arrêté de prairial an X, qui reproduisait sur ce point le système des arrêts du Conseil, les agents de change étaient forcés, pour taire le nom de leur client, de contracter en leur nom propre et, par, suite, étaient tenus personnellement de l'exécution. Mais l'art. 86 signifiait que les agents de change ne devaient conclure le marché que nantis des titres à livrer et du prix à payer : dans ces conditions, en effet, les agents de change ne couraient aucun risque; dès lors ils n'assumaient réellement aucune garantie. Sous cette rédaction, dont la forme n'était peut-être pas très juridique, se cachait donc la défense aux agents de change de conclure des marchés à terme faits à découvert. Cette défense résultait aussi, disait-on, de l'art. 85 § 3, qui interdisait aux agents de change de recevoir ou de payer pour le compte de leurs commettants. Ici encore il ne fallait pas s'attacher au sens littéral de la dispo-

Digitized by Google

sition; les agents de change devaient recevoir et payer pour le compte de leurs clients : ceux qui donnaient l'ordre de contracter ne se connaissant pas, l'exécution du marché incombait nécessairement aux agents de change. Ce que voulait dire le Code de commerce, c'est qu'il n'était pas permis aux agents de change de faire des avances à leurs clients. Au fond de l'art. 85, comme au fond de l'art. 86, on trouvait la prohibition des opérations à découvert.

Cette interprétation du Code de commerce était rejetée par la majorité des auteurs. Le législateur de 1807, en ne reproduisant pas les dispositions prohibitives de la législation antérieure, avait, d'après l'opinion généralement admise, manifesté par là son intention d'abroger toutes ces dispositions. On contestait d'ailleurs le sens attribué à l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X et à l'art. 4 de la loi de vendémiaire an IV, et l'on objectait le défaut d'enregistrement des anciens arrêts du Conseil. Quant à l'art. 86 du Code de commerce, pour en comprendre la portée, il fallait le rapprocher de l'art. 10 de l'arrêté de prairial an X, qui laissait aux agents de change la faculté de donner leur aval pour les effets de commerce; la disposition contenue dans l'art. 86 avait simplement pour but de leur retirer ce droit, et celle du troisième alinéa de l'art. 85 était elle-même une simple conséquence de cette modification. Quelques auteurs proposaient une autre explication, qui écartait également toute idée de nullité des marchés à terme; à leurs yeux l'agent de change, d'après le Code de commerce, devait intervenir comme courtier; il ne devait jamais s'engager personnellement, mais seulement mettre en présence les parties qui traitaient l'une avec l'autre. Les art. 85 § 3 et 86 étaient l'expression de ce système, qui avait été ensuite abandonné par la pratique parce qu'il entravait les affaires et rendait nécessaire la révélation du nom des clients.

C'est ainsi qu'on arrivait à reconnaître la validité des opérations à terme sur les valeurs mobilières, même quand elles étaient faites à découvert. Au reste, lorsque ces opérations constituaient des paris, on décidait qu'il était permis d'invoquer l'exception de jeu, en vertu du principe général contenu dans l'art. 1965 du Code

Digitized by Google

civil, et de la disposition spéciale des art. 421 et 422 du Code pénal. Encore quelques partisans de la thèse de la validité pensaient-ils que l'exception de jeu n'était jamais applicable aux marchés conclus par les agents de change : car ces marchés, disaient-ils, ne constituaient jamais des paris, et à cet égard le Code pénal punissait un délit qui n'existait pas.

Tel était l'état de la doctrine. La jurisprudence avait d'abord admis la légalité des opérations à terme sur les valeurs mobilières; elle ne paraissait même pas rechercher si telle opération constituait ou non un pari. Puis elle s'était prononcée pour la nullité (1823-1832). Dans une trosième période (1832-1848) elle avait fait une distinction entre l'achat et la vente : l'achat à découvert était autorisé, si toutefois il ne renfermait pas un pari, mais la vente à découvert était prohibée. Enfin la jurisprudence avait reconnu valable la vente elle-même, mais également sous la réserve de l'exception de jeu quand il y avait pari; elle accueillait l'exception de jeu en s'appuyant sur une notion particulière du pari dont j'ai déjà eu l'occasion de parler, et que j'expliquerai plus loin.

Bien que le principe de la validité des marchés à terme eût depuis de longues années triomphé dans la pratique, le législateur de 1885, considérant les objections qu'il continuait à soulever dans la doctrine, et aussi les variations dont la jurisprudence avait donné le spectacle, a voulu mettre ce principe hors de doute par une disposition formelle. La loi nouvelle le proclame de la manière la plus nette dans le 1er alinéa de l'art. 1er. De plus, les art. 3 et 4 abrogent expressément les divers textes qui avaient été invoqués pour démontrer la nullité des marchés à découvert. Enfin l'art. 5 décide que les conditions d'exécution des marchés à terme par les agents de change seront fixées par le règlement d'administration publique prévu par l'art. 90 du Code de commerce, règlement dont la rédaction était toujours différée précisément à cause de l'incertitude où l'on se trouvait au sujet de la légalité de ces marchés.

La loi de 1885 a été faite avant tout pour les opérations à terme conclues par les agents de change; c'est ce qui résulte surabondamment des travaux préparatoires, des art. 3, 4 et 5, et

Digitized by Google

des événements qui ont amené l'élaboration et le vote de la loi. Le législateur a donc avant tout en vue les opérations sur les valeurs mobilières. Cependant il n'a pas obéi exclusivement à cette préoccupation, et la loi de 1885 a un caractère général : elle parle aussi des obligations à terme sur les marchandises, c'est-à-dire des marchés à livrer. En un mot, elle s'occupe des marchés à terme entendus dans un sens large, ce qui comprend les marchés à livrer aussi bien que les opérations à terme sur les valeurs mobilières, qui constituent, comme on le sait, les marchés à terme proprement dits.

L'art. 1er déclare légaux les marchés à livrer comme les marchés à terme proprement dits. Au reste, la légalité des marchés à livrer n'était pas contestée en elle-même : les prohibitions contenues dans les anciens arrêts du Conseil ne les atteignaient pas; il est vrai que l'art. 3 de la loi du 13 fructidor an III défendait de vendre des marchandises dont on n'était pas propriétaire au moment de la vente; mais aucun texte du droit nouveau ne reproduisait cette prohibition; aussi la jurisprudence avait-elle toujours considéré les marchés à livrer comme valables dès lors qu'ils ne constituaient pas un pari. Mais il y avait une espèce de marchés sur la validité de laquelle des doutes s'étaient élevés : c'étaient les marchés à prime. C'est pour faire disparaître ces doutes que la loi de 1885 a formulé le principe de la légalité des opérations à terme sur les marchandises [1].

Il est à remarquer, en effet, que ce principe est formulé d'une manière très large : on déclare légaux tous les marchés à livrer.

La formule est d'ailleurs la même pour les marchés à terme proprement dits. La loi consacre la validité de toutes les variétés de marchés à livrer et de marchés à terme qu'elle a trouvées en usage. Et cette rédaction offre un intérêt pratique pour les mar-

[1] Exposé des motifs, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 1573; *Revue critique*, 1882, p. 477. — Une commission extra-parlementaire avait été instituée pour élaborer un projet de loi sur les marchés à terme. Le gouvernement a présenté à la Chambre des députés le projet qui lui était soumis par la commission; et le rapport fait au nom de cette dernière par M. Lyon-Caen est devenu l'exposé des motifs. Ce rapport a été inséré dans la *Revue critique* (Nouvelle série, t. XI, p. 454).

Digitized by Google

chés à terme proprement dits comme pour les marchés à livrer; car la validité des marchés à prime était aussi contestée en matière de valeurs mobilières; à la grande controverse concernant la légalité des opérations à terme sur les valeurs mobilières venait se joindre une controverse subsidiaire dans le cas où l'opération n'était pas un marché ferme.

On sait que dans les marchés à prime la convention permet de renoncer au marché moyennant l'abandon d'une somme fixée à l'avance, et qui porte précisément le nom de prime. Cette faculté de dédit appartient ordinairement à l'acheteur dans les opérations sur les valeurs mobilières, au vendeur dans les opérations sur les marchandises. On présentait contre elle deux objections qui s'appliquaient aux marchés à terme proprement dits et aux marchés à livrer. On disait que celle des parties qui jouissait de cette faculté, n'étant tenue que sous une condition potestative de sa part, n'était pas en réalité obligée: on ajoutait que l'insertion dans le contrat de ce droit de renoncer au marché révélait l'intention de ne pas en venir à une livraison effective de la chose vendue et de faire une simple opération de jeu (en ce sens tribunal civil de la Seine, 4 juin 1875, *Journal des tribunaux de commerce*, 1877, p. 390). Cette manière de voir avait été rejetée par la Cour de Paris dans un arrêt du 24 avril 1877, et par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 janvier 1878, Sir. 78. 1. 269. L'obligation que l'art. 1174 du Code civil déclare nulle, observaient ces arrêts, c'est l'obligation sous une condition purement potestative; or la partie qui avait le droit de se dédire du marché n'était pas tenue sous une condition purement potestative, puisqu'elle ne pouvait renoncer au marché qn'en payant une certaine somme. D'un autre côté, si les marchés à prime constituaient plus d'une fois un pari, ce n'était pas une raison pour les considérer comme frappés d'une présomption légale de jeu.

Cette présomption légale ne devait-elle pas du moins être admise pour les marchés à double prime?

Les marchés de ce genre ne sont pas usités en France pour les valeurs mobilières; mais on y recourt pour certaines denrées, notamment les sucres et les grains. Ce qui les caractérise, c'est que, moyennant une somme double du montant de la prime ordi-

Digitized by Google

naire, l'un des contractants peut se porter à son gré acheteur ou vendeur; la prime est le prix de ce droit d'option qui tantôt s'exerce une seule fois, tantôt s'exerce à des échéances successives. Ainsi, dans une espèce soumise au tribunal de commerce de la Seine, un marché, conclu entre un fabricant de sucre et deux courtiers, avait pour objet 400 sacs de sucre livrables par quart chacun des premiers mois de 1877, à raison de 72 fr. 50 c. le sac : les courtiers, moyennant une somme de 40.000 fr., payable par quart sur chacun des mois de livraison, avaient le droit d'opter au plus tard le 15 de chaque mois entre la position d'acheteurs et celle de vendeurs.

Celui qui dans un marché à double prime stipule le droit d'option s'assure en quelque sorte par là contre l'étendue du risque couru; mais on faisait remarquer que l'autre partie, si le marché n'était pas une simple opération de jeu, se trouvait dans une position très désavantageuse : car elle devait toujours tenir les marchandises libres et avoir toujours des fonds à sa disposition pour livrer les marchandises ou en payer la valeur selon la manière dont l'autre contractant userait de son droit d'option; il était donc peu probable que l'opération fût sérieuse. Aussi M. Choppin d'Arnouville, donnant ses conclusions devant la Cour de Paris au sujet de l'espèce que je viens de reproduire, soutenait-il qu'en principe les marchés à double prime étaient suspects, et qu'il fallait présumer le jeu. Au contraire le tribunal de commerce de la Seine, très défavorable d'ailleurs à l'exception de jeu, pensait que les juges devaient rejeter cette présomption, et exiger la preuve de l'existence d'un pari. La Cour d'appel ne se prononça pas; son arrêt ne statue que sur une question de fait : 24 janv. 1878, *Journal des tribunaux de commerce*, 1878, p. 313.

La loi de 1885 a mis fin à ces controverses; en déclarant valables tous les marchés à terme ou à livrer, elle a consacré la légalité des marchés à prime comme des marchés fermes [1].

Par cette formule le législateur a visé aussi le marché-report, sur la validité duquel ne s'élevait d'ailleurs aucune controverse spéciale.

[1] Exposé des motifs, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 1572; *Revue critique*, 1882, p. 463.

Digitized by Google

La loi nouvelle a un caractère général à un autre point de vue : elle admet la légalité des opérations à terme, non seulement sans distinguer entre les différentes sortes de marchés, mais encore sans distinguer entre les personnes qui les concluent : les opérations à terme sont valables, quelles que soient les personnes qui figurent dans le marché, à titre de parties ou d'intermédiaires. Ainsi les marchés à terme conclus par les coulissiers ne sont pas moins valables que les marchés à terme conclus par les agents de change. C'est ce qui résulte très nettement de l'exposé des motifs du projet de loi [1], et du rapport de M. Naquet à la Chambre des députés [2].

Au reste, il ne faudrait pas se méprendre sur ma pensée : tout ce que je veux dire, c'est qu'un marché conclu par n'importe quelle personne ne peut pas être attaqué par cette seule raison qu'il s'agit d'une opération à terme. Mais, s'il est nul pour quelque autre motif, la loi ne le relève pas de cette nullité.

Ainsi un marché est-il conclu par un coulissier en violation du monopole des agents de change, ce marché est encore aujourd'hui frappé de nullité : le législateur n'a entendu ni supprimer le monopole des agents de change, ni diminuer l'énergie de la sanction admise par la jurisprudence pour en assurer le respect. Il est vrai qu'un passage du rapport de M. Naquet à la Chambre des députés pourrait faire croire le contraire : M. Janvier de la Motte avait déposé une proposition concernant uniquement les opérations conclues par les soins des agents de change ou des courtiers; cette proposition fut rejetée, et M. Naquet a dit à ce sujet : « Aussi longtemps qu'on laisse subsister la coulisse, qu'on la considère comme une nécessité, il est illogique de frapper d'interdit les marchés contractés par son intermédiaire [3]. » Mais ces paroles n'ont pas la portée qu'on pourrait au premier abord leur attribuer; elles signifient simplement que les opérations à terme, en tant qu'opérations à terme, ne doivent pas plus être jugées illégales quand elles sont faites par la coulisse que lorsque

[1] Exposé des motifs, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 1572; *Revue critique*, 1882, p. 474.

[2] *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 2218.

[3] *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 2218.

Digitized by Google

les parties ont eu recours au parquet. Ce qui concerne le monopole des agents de change a été expressément réservé : c'est ce que l'exposé des motifs déclare d'une manière formelle [1] ; et à aucun moment de la discussion on n'a manifesté l'intention de modifier en ce point le projet primitif. Le principe de la validité des marchés à terme, dans son application aux coulissiers, n'offre donc d'intérêt pratique que pour les opérations qui ne portent pas atteinte au monopole des agents de change. S'agit-il des autres opérations, il n'y aura lieu de le faire intervenir que si l'on considère la violation du monopole des agents de change comme une cause de nullité simplement relative, et si cette nullité a été couverte.

(*La suite prochainement*) P. LACOSTE.

OBSTACLES QUE RENCONTRE L'EXERCICE DE L'ACTION EN PARTAGE D'UNE INDIVISION,

PAR M. Henry TAUDIÈRE.

L'indivision est l'état de plusieurs personnes ayant sur une même chose des droits égaux, distincts et non encore liquidés. Elle existe par exemple entre copropriétaires d' « une seule et même chose qui n'appartient à chacun d'eux que pour une quote-part idéale et abstraite [2], » que cette chose soit un bien particulier ou une universalité. Chacun est maître absolu de sa part, mais en fait n'a presqu'aucune action sur l'objet tout entier. Chose étrange, le droit de propriété qui d'ordinaire s'exerce par des actes matériels sur un objet matériel au point de se matérialiser lui-même dans le langage courant et de lier cet objet à son maître d'une façon absolue et exclusive, ce droit, dans l'indivision, n'existe entier qu'au profit d'une collectivité dont chaque membre ne l'a en quelque sorte qu'idéalement sans pouvoir l'exercer complétement en fait, sa volonté étant paralysée par d'autres dont les pouvoirs sur la chose sont égaux aux siens. Soit un fonds de terre indivis : chaque partie de ce fonds, chaque molécule de cette terre

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 1575; *Revue critique*, 1882, p. 488.

[2] Aubry et Rau, *Droit civil*, t. II, § 221, p. 403.

Digitized by Google

appartient simultanément à tous, le droit de chacun frappe sur la totalité de l'immeuble mais se heurte à des droits équivalents et rivaux qui doivent être respectés.

Cette situation peut avoir été créée dans un but déterminé d'utilité pratique future ; elle est alors favorable et il faut se garder de l'entraver. Nous en trouvons un exemple remontant au droit romain dans ce que l'on nomme la « servitude d'indivision » : l'usage commun d'un bien accessoire est utile, parfois indispensable à des propriétés voisines et distinctes dont la valeur serait fort diminuée ou même supprimée si cet accessoire cessait d'être indivis ; rien de plus légitime et de plus nécessaire, socialement parlant, que la copropriété d'une entrée, d'un vestibule, d'un escalier, d'une cour, d'un chemin d'exploitation, que la mitoyenneté d'une clôture [1]. Ainsi en est-il de l'indivision volontaire entre personnes employant la chose indivise à une utilité commune et future, ou en donnant dans un but identique l'usage exclusif à un tiers [2]. Pour la même raison toujours, il faut respecter et favoriser même la communauté établie entre époux et plus généralement « toute indivision qui a été convenue entre les parties dans le contrat règlant l'association conjugale » [3]. De même du contrat de société qui créera une indivision dans un but d'utilité déterminée. Elle pèsera peu sur ceux dont la volonté l'a faite et qui la savent nécessaire tant que le but n'est pas atteint, tant que les bénéfices ne sont pas réalisés. La société met en commun les volontés et les énergies en même temps que les biens ; les intérêts

[1] Voir sur ces divers cas Aubry et Rau, t. II, p. 411, § 221 *ter*. Cass. 15 février 58, S. 58. 1. 347 ; 31 juillet 1872, S. 72. 1. 334 ; 12 décembre 53, S. 55. 1. 742. 17 mai 1887, Pand. F., 1888. 1. 312. (*Sic* en droit romain L. 19, § 1, D. *Com-divid.* Inst. liv. II, tit. § 9). Le seul moyen alors de sortir de l'indivision consiste à abandonner sa part de propriété en renonçant à l'usage futur de la chose (Cpr. C. civ. art. 656, 699). Seul M. Laurent (*Droit civil*, t. X, n° 235) admet, quand cette indivision ne résulte pas d'une convention, la possibilité pour chaque communiste d'y mettre fin en demandant la licitation de la chose commune.

[2] Leroux de Bretagne, *Prescription*, t. I, n° 205. Paris 24 mars 1856, S. 58. 2. 46. — Caen, 13 août 1856, S. 57. 2. 140. — *Contra*, Poitiers, 9 décembre 1876, S. 78. 2. 89.

[3] Cass. 30 novembre 1886, S. 87. 1. 401 note Labbé, arrêt contenant une hypothèse inédite d'indivision stipulée dans un contrat de mariage.

Digitized by Google

de tous sont les mêmes et passent avant tout intérêt individuel; chaque associé reçoit des autres le mandat d'administrer le fonds social (C. civ. art. 1859); bref la société, réunissant les forces de chacun dans une action commune, dans la poursuite de bénéfices, augmente les facultés de production en en laissant l'exercice à un seul; elle développe la richesse individuelle comme la richesse nationale, elle est indispensable au commerce et à l'industrie. Aucune entrave ne lui doit être apportée puisqu'elle est volontaire de la part des associés et avantageuse pour tous. — Citons enfin dans le même ordre d'idées les règles spéciales admises dans notre droit en ce qui concerne la copropriété d'un navire (C. com. art. 220), d'une mine (L. 21 avril 1810, art. 7), d'une sucrerie aux colonies (Edit de 1726). La fortune d'un seul n'étant pas suffisante en général pour de telles exploitations, la copropriété est en quelque sorte nécessaire et il faut assurer à cette copropriété quelque stabilité. Dans tous ces cas l'indivision a pour cause un but futur déterminé, toujours utile, parfois nécessaire; c'est donc alors une source de richesses, un état qui doit être durable et envisagé avec faveur.

Mais l'indivision peut avoir une autre cause toute dans le passé sans qu'on ait envisagé nullement l'avenir, et c'est là la véritable indivision au sens technique du mot: elle peut provenir alors soit du fait des communistes eux-mêmes[1] v. g. entre anciens associés après la société dissoute, soit, ce qui est plus fréquent, de la nécessité des faits ou de la volonté d'un tiers, comme entre cohéritiers ou colégataires d'une même chose. Ici les communistes ne sont plus reliés que *re ipsa;* plus de but utile ou nécessaire à poursuivre dans l'avenir, c'est là moins une situation de droit qu'un simple fait. Peut-être dans les législations primitives ignorant l'appropriation individuelle fut-ce là le régime normal de la propriété, mais, étant donnés les instincts toujours personnels de l'homme, cela ne pouvait durer longtemps : aujourd'hui comme aux temps du droit romain c'est là une situation anormale. Sans doute en

[1] Le droit romain admettait-il la convention des parties comme source de l'indivision? Non, suivant Gaius (L. 2, D. *Com. divid.*) qui voit un contrat de société dans toute convention de mettre quelque chose en commun. Mais Justinien semble contraire, Inst., liv. III, tit. 25, § 1.

Digitized by Google

elle-même elle est légitime, car elle ne viole aucun principe primordial et constitue sous une forme spéciale l'exercice du droit de propriété : la loi ne saurait sans injustice violer la libre volonté de ceux qui s'en accomodent. Mais si l'usage en est licite, l'abus de l'indivision constitue un danger, et une expérience séculaire en a révélé les inconvénients pratiques pour l'intérêt privé comme pour l'intérêt public. Elle lèse les intérêts privés, car elle entrave l'initiative individuelle ; « qui a compagnon a maître », disait fort bien Loysel. Au contraire de la société impliquant entre associés un mandat réciproque d'administrer le fonds commun, la simple indivision ne relie les divers propriétaires que *re ipsa*, il faut donc, même en matière d'administration, appliquer l'adage romain « *in re pari melior est causa prohibentis* ». Toute innovation exigeant l'assentiment de tous les communistes, plus d'amélioration possible, car améliorer c'est innover, une majorité si forte qu'elle soit ne peut imposer sa volonté à la minorité ; l'opinion contraire était déjà réfutée dans l'ancien droit[1]. — Si la société à ce premier point de vue est plus favorable que l'indivision, il en est de même aux suivants. Tandis que la société groupe toutes les volontés dans un effort commun, l'indivision, sans but d'avenir, laisse chaque copropriétaire avec ses droits et ses intérêts distincts qu'il fera passer avant les intérêts communs, préférant d'ailleurs se consacrer à ses propres biens plutôt qu'à la chose indivise : on se désintéresse facilement de ce qui n'est pas complétement à soi. D'autre part le crédit privé souffre aussi de cette situation : le copropriétaire trouvera moins facilement dans de bonnes conditions un acheteur pour sa part indivise, un prêteur avec cette seule garantie. Enfin les volontés, juxtaposées plutôt qu'unies et trop souvent rivales, se heurtent, se froissent : de là des luttes et des inimitiés d'autant plus regrettables qu'elles naissent souvent entre proches parents, v. g. entre cohéritiers. Et maintenant l'indivision est encore désastreuse pour l'intérêt public, car c'est un puissant obstacle aux progrès de l'agriculture et de l'industrie, au développement des transactions, à la libre circulation de biens

[1] Cpr. Lebrun, *Partages*, liv. IV, ch. I, n° 23. Despeisses, *Société*, sect. II, n° 8. — En droit civil l'art. 826 C. civ. vise un cas tout spécial et ne peut être généralisé.

Digitized by Google

immobilisés sans profit pour personne, à l'accroissement du crédit, partant à la prospérité générale.

Rien d'étonnant dès lors que la loi ait si différemment traité l'indivision proprement dite et la société créant l'indivision dans un but futur et utile : la première est néfaste, la seconde est une source abondante de richesses. Aussi la loi, tout en réglementant la société, lui est favorable, elle n'en restreint pas la durée (C. civ. art. 1844), ce qui lui eût été fort préjudiciable et ne permet pas aux associés d'y mettre fin par pur caprice. Pour l'indivision au contraire, le législateur, aujourd'hui comme à Rome, s'il ne la prohibe pas, la juge avec défaveur et y voit une situation de fait essentiellement transitoire dont on doit toujours pouvoir sortir. « *In communione nemo invitus compellitur detineri* » dit la loi 5, C. *Comm. div.* [1] ; « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, » répond l'art. 815 C. civ. Dès qu'un communiste estime ses intérêts lésés par cette communauté, il peut en demander aux autres le partage. C'est là un principe qui domine toutes les indivisions possibles, il ne faut pas hésiter à étendre à ces cas le texte de l'art. 815 qui ne formule la règle qu'en vue des cohéritiers. Cela d'ailleurs n'a jamais été contesté. Le partage peut toujours être provoqué en toute matière, par tout communiste, quelque prolongé qu'ait été l'état de communauté.

En toute matière d'abord : que l'indivision porte sur une universalité ou sur un bien particulier [2], qu'il s'agisse de propriété, de nue-propriété ou d'usufruit. Peu importe d'ailleurs qu'il y ait eu en fait un partage de jouissance la propriété restant indivise [3]. Peu importe encore que, sur l'ensemble des biens indivis, une partie seulement en soit actuellement partageable, le partage pourra être provoqué pour cette partie. Le doute vient de ce que nos lois prévoient toujours pour une universalité commune un

[1] *Sic.* L. 77, § 2 et 20, D. *De leg.*, II. — L. 14 § 2, 3, D. *Com. divid.* — L. 26, § 4, D. *De cond. ind.* — L. 70, D. *Pro socio.*

[2] En raison du principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative, on n'applique pas l'art. 815, C. civ., aux biens indivis entre communes et sections de communes exclusivement. Jurisprudence constante du Conseil d'État. Ducrocq, *Droit .adm*, t. II, nos 1431, 1432.

[3] Cass. 31 juillet 1838, S. 38. 1. 120; 5 juin 1839, S. 39. 1. 468; 5 juillet 1848, S. 48. 1. 697.

Digitized by Google

seul partage, une seule liquidation des divers droits en présence et aussi de l'injustice qu'il y a à faire supporter par tous, pour le caprice d'un seul, les frais plus considérables de plusieurs partages partiels; — mais quand le Code civil prévoit ainsi un partage unique, il règle seulement le *plerumque fit* sans prohiber pour cela les partages partiels. Si donc, les droits respectifs des parties étant d'ores et déjà fixés sur les biens partageables, le partage partiel peut être avantageux pour qui le provoque sans léser les autres intéressés, il faut l'exécuter, l'esprit de la loi est contraire à la prolongation de l'indivision[1].

Le partage peut être provoqué au nom de tous les communistes, même du mineur[2], sauf certaines mesures protectrices de la loi si la demande intéresse un incapable (C. civ. art. 450, 465, 817, 818; L. 30 juin 1838, art. 36). Les cessionnaires de parts indivises et les créanciers personnels des copropriétaires ont le même droit (C. civ. art. 1166 et 2205)[3], que l'indivision porte sur une universalité ou sur des objets particuliers[4].

Enfin, si ancienne que soit cette situation, le partage peut toujours être demandé. L'action en partage est donc imprescriptible et cette imprescriptibilité déjà admise en droit romain se justifie facilement. — Quand un état de fait a duré un certain temps, la prescription le consacrant nonobstant toute action contraire est basée sur la présomption qu'il a une cause légitime, une convention, par exemple; or comment admettre ici une telle présomption, quand toute convention expresse de rester dans l'indivision est elle-même frappée de nullité? De plus on ne peut acquérir par pres-

[1] Aubry et Rau, t. VI, p. 532, § 622, note 2. — Demolombe, t. XV, n° 494. *Contra*, Dijon, 10 août 1837, S. 39. 2. 421.

[2] Le droit romain ne l'autorisait en ce cas que s'il y avait absolue nécessité et exigeait alors un *decretum præsidis* (L. 7 pr. D. *De reb. eor.* — L. 17 C. *De præd. min.*). L'ancien droit ne l'admettait jamais. Pothier, *Société*, ch. 9, art. 2; § 1, n° 164. Lebrun, *Partages*, liv. IV, ch. 1, n° 24.

[3] La jurisprudence n'applique pas l'art. 2205 aux indivisions mobilières, les créanciers peuvent saisir immédiatement. Cass. 23 mars 1881, S. 82. 1. 117; 29 mars 1887, S. 87. 1. 125.

[4] Colmet de Santerre, t. IX, n° 200 *bis*, II et III. Bordeaux 19 juillet 1882, S. 83. 2. 150. — Cpr. Aubry et Rau, t. VIII, p. 462, § 778, note 20. — Thézard, *Hypothèques*, n° 385.

Digitized by Google

cription que ce que l'on possède, or la possession d'un communiste est précaire, il n'y a pas jouissance *pro suo* et une possession indivise ne peut faire acquérir une propriété séparée, ce qui arriverait pourtant si trente ans de possession commune pouvaient rendre les communistes propriétaires exclusifs, ce serait un véritable non sens. Enfin, l'indivision étant une situation de fait, y rester ou en sortir constitue pour chaque copropriétaire un acte de pure faculté, partant imprescriptible (C. civ. art. 2232). C'est donc fort justement qu'on a pu dire : « mille ans de possession ne formeraient pas un commencement de prescription [1]. » Tant dure l'indivision, tant dure sa compagne obligée, l'action en partage. Elle naît en même temps qu'elle, persiste tant qu'elle se prolonge et ne s'éteint qu'avec elle. En cela l'action en partage se distingue profondément de la pétition d'hérédité, prescriptible au contraire, et la différence se justifie d'elle-même. La pétition d'hérédité suppose une situation de fait contraire à l'indivision, il y a propriété séparée au profit du défendeur qui nie la qualité prise par le demandeur, l'action destinée à modifier cet état de choses est donc prescriptible. Quand il y a lieu à agir par l'action en partage, la qualité de communiste est reconnue en fait et en droit au demandeur, il ne fait donc qu'exercer une pure faculté inhérente à l'état d'indivision et son action est imprescriptible [2].

L'action en partage peut donc toujours être exercée par les communistes, elle peut cependant se heurter à deux sortes distinctes d'obstacles qu'il nous faut étudier, les uns sont temporaires, les autres sont perpétuels et en rendent l'exercice désormais impossible.

I. — *Obstacles temporaires à l'action en partage.*

Nul n'est tenu de rester dans l'indivision nonobstant conventions et prohibitions contraires, c'est là un axiome dans notre

[1] Lebrun, liv. IV, ch. 1, n° 5.

[2] Cette action était personnelle à Rome (L. 1, D. *Fin. reg.* — L. 22, § 4, D. *Fam. ercisc.* — L. I, § 1, C. *De ann. exc.*) malgré l'affirmation inexacte de Justinien, (Inst, *De act*, §. 20). Aujourd'hui elle est mixte (art. 59, C. p. c.), ce qui est important au point de vue de la compétence quand l'art. 822 C. civ. n'est pas applicable : elle a son origine en effet et dans un droit de créance et, le partage étant déclaratif, dans un droit de propriété.

Digitized by Google

droit comme en droit romain. Un testateur, en léguant ses biens indivisément à plusieurs, en a prohibé le partage, ou bien les communistes eux-mêmes se sont réciproquement enlevé le droit de le provoquer : convaincu des dangers de l'indivision et redoutant une influence étrangère ou une grande inexpérience chez les communistes, le législateur ne tient nul compte de la prohibition et de la convention. C'est fort bien, mais entendue sans tempéraments cette règle pourrait préjudicier gravement à ceux qu'elle veut protéger. Les communistes peuvent en effet être fort intéressés à ajourner momentanément le partage, soit pour laisser passer une crise politique, industrielle ou commerciale, durant laquelle les immeubles qu'il faudrait liciter se vendraient à vil prix, soit pour attendre la majorité d'un d'entre eux et éviter ainsi les frais d'un partage judiciaire. D'autre part la faculté qu'ils ont de sortir de l'indivision constitue pour eux un avantage et en principe on peut toujours renoncer à une faveur de la loi. Pour ces raisons et pour bien d'autres, le Code civil a pris un moyen terme : il consacre en l'améliorant la solution traditionnelle validant la convention de rester dans l'indivision dès qu'elle était limitée à un certain temps sans fixer d'ailleurs *a priori* de limites à cette durée [1] : le remède n'était pas efficace; si l'indivision ne pouvait être perpétuelle, le mal n'existait pas moins, car c'est la longue durée de cette situation autant que sa perpétuité qui en fait le danger. La loi française plus hardie a fait mieux : elle fixe pour une telle convention un délai maximum de cinq ans, la dite convention pouvant d'ailleurs être renouvelée autant de fois que les intéressés le désirent. Cette stipulation peut revêtir une forme quelconque, elle peut être verbale, car, sauf des exceptions limitativement énumérées (C. civ. art. 931, 1394, 2044, 2127), l'écriture n'est pas en principe une condition essentielle de la validité des contrats (C. civ. art. 1108); la seule difficulté pouvant en résulter porterait sur la preuve de la convention à opposer à une demande hâtive de partage, car rarement l'intérêt en jeu sera d'une valeur inférieure à 150 francs.

De ce contrat entre communistes ne résultera pas une société, sauf intention contraire clairement manifestée; décider autrement

[1] L. 14, § 2, D. *Com. divid.* — Pothier, *Successions*, ch. IV, art. 1, § 1.

Digitized by Google

serait revenir au droit romain admettant la formation d'une société dès qu'il y a un fonds commun constitué. L'effet de cette convention portera en principe moins sur la personne des copropriétaires que sur les parts indivises : les communistes s'engagent (sauf toujours interprétation contraire possible), non à rester eux-mêmes dans l'indivision, mais à y laisser leurs parts; s'ils ne provoquent pas le partage, leur engagement est rempli, ils peuvent céder leurs droits à un successeur qui sera tenu de respecter la situation faite par son auteur. On en pourrait douter, toute renonciation à un droit étant personnelle; mais c'est la solution traditionnelle [1] et, cette renonciation étant la cause de l'abandon semblable fait de leurs droits par les autres communistes, il serait inique d'autoriser un cessionnaire à y déroger; la renonciation d'ailleurs est faite moins pour les personnes que pour les biens. Dans tous les cas pendant ce délai aucun partage ne peut être provoqué, fût-il provisionnel [2].

La convention de rester dans l'indivision ne peut porter que sur un délai de cinq ans au maximum. Que décider si en fait ce terme a été excédé, si l'on est convenu de prolonger la communauté, — soit pendant une période plus longue mais limitée, v. g dix ans, — soit même pendant un temps illimité? Au premier cas, d'accord avec la jurisprudence et la doctrine, je n'annule pas la convention mais en réduis l'effet à une période quinquennale; cette solution, conforme à l'intention probable des parties, trouve un puissant argument d'analogie dans l'art. 1660, C. civ., en ce qui concerne le contrat de vente à réméré. — Dans la seconde hypothèse au contraire j'admettrais la nullité absolue de la convention (C. civ. art. 1172) : nous sommes tout-à-fait en dehors de l'art. 815 qui ne parle d'une telle stipulation que pour un temps limité; d'autre part, l'argument d'analogie de l'art. 1660 nous fait absolument défaut et les parties me semblent avoir ici envisagé l'indivision non « comme un état temporaire, mais comme une situation absolue dans laquelle elles entendaient rester [3] », ce

[1] L. 14, § 3, D. *Com. divid.*

[2] *Contra*, Pothier, *Successions*, ch. IV, art. 1, § 1. Cela se comprenait dans une législation admettant cette convention sans délai limité.

[3] Demolombe, t. XV, n° 502. — Colmet de Santerre, t. III, n° 139 *bis* III.

Digitized by Google

qui est nul indubitablement. Ne pourrais-je pas d'ailleurs invoquer en ma faveur l'art. 1869 C. civ. qui, supposant une société à durée illimitée, contrat plus favorable cependant que celui qui nous occupe, permet néanmoins à chaque associé d'en sortir à toute époque,si cet acte est fait de bonne foi.

Remarquons d'ailleurs que, si l'indivision ne peut pas être valablement stipulée pour plus de cinq ans, on peut renouveler toujours cette convention sans être forcé d'attendre pour faire ce renouvellement l'expiration de la période en cours. Mais la prohibition du législateur ne peut pas être méconnue même indirectement, d'où l'indivision dans ce cas ne sera obligatoire que pour cinq ans à compter de la convention nouvelle. Le temps restant à courir sur le premier délai sera tenu pour écoulé [1].

La convention suspensive du partage peut être faite entre quelques-uns des communistes seulement; ce n'est en somme qu'une renonciation individuelle au droit légal de provoquer le partage, elle n'exige donc pas le concours de tous les intéressés. S'il en est ainsi, ceux qui y ont pris part seront bien tenus de la respecter, mais au contraire ceux qui y sont restés étrangers sont des tiers(C. civ.art.1165), ils pourront donc obtenir le partage ou tout au moins la distraction de leurs lots. Leur intervention fera même le plus souvent, à mon sens, tomber la convention et amènera le partage entre tous : il y aura là place à une interprétation très délicate en fait de la volonté des stipulants. Mais le principe est certain : la convention n'est opposable qu'aux communistes y ayant figuré.

L'est-elle également à leurs créanciers personnels? La question ne se pose pas pour les créanciers ayant un droit réel antérieur à cette convention, v. g. les créanciers hypothécaires, ils ne sont pas tenus de la respecter; mais elle est controversée quant aux créanciers chirographaires et a donné lieu à trois systèmes

— Aubry et Rau, t. VI, p. 532, note 3. — Laurent, t. X, n° 240. — Trib. Beaune, 9 décembre 1858, D. 59. 3. 69; Cass. 16 janvier 1838, S. 38. 1. 225. — *Contra*, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 74. — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 207. — Cass. 20 janvier 1836, S. 36. 1. 83. — Lyon, 25 août 1875, S. 76. 2. 68. — Dans l'ancien droit, il y avait lieu à une interprétation de fait d'après les circonstances.

[1] Colmet de Santerre, t. III, n° 139 *bis*, III. — Aubry et Rau, t. VI, p. 532, note 4, § 622. — Laurent, t. X, n° 241. — Cpr. Demolombe, t. XV, n° 500.

Digitized by Google

différents. A mon sens, la difficulté consiste à savoir si c'est en vertu d'un droit propre ou bien comme exerçant le droit de leur débiteur que les créanciers d'un communiste, ne pouvant saisir l'immeuble indivis, en peuvent provoquer le partage pour saisir ensuite la part divisée de leur débiteur (C. civ. art. 2205). Ont-ils un droit propre, la convention ne leur est pas opposable, car ils sont des tiers (C. civ. art. 1165); agissent-ils au nom du communiste, ils sont liés par son obligation, le cas de fraude excepté (C. civ. art. 1166 et 1167). Cela dit, je n'hésite pas à déclarer le contrat opposable à tous les créanciers chirographaires du stipulant, que leur créance soit postérieure ou même antérieure à la convention. L'art. 2205 n'est qu'une application de l'art. 1166 et des principes généraux que voici : tout droit purement pécuniaire appartenant à une personne peut être exercé par ses créanciers, mais en son nom; le droit de demander le partage constitue pour un communiste un droit pécuniaire, ses créanciers pourront l'exercer, mais au nom de leur débiteur [1]. Comment concevoir le créancier d'un copropriétaire intentant en son nom propre l'action en partage? L'art. 2205 renvoie d'ailleurs à l'article de principe, à l'art. 1166. Dès lors appliquons les règles ordinaires et ne faisons pas en matière de partage une situation exceptionnelle et injustifiée aux créanciers : leur droit n'existe que parce qu'il appartient au communiste; si celui-ci le perd par suite d'un acte licite et non frauduleux, il est également perdu pour eux. Or c'est ici le cas : le communiste a par convention renoncé temporairement à son droit de provoquer le partage, il y a renoncé et pour lui et pour les créanciers qui ont suivi sa foi ; le droit n'est plus dans son patrimoine et les créanciers doivent subir les conséquences de son acte s'il n'est pas frauduleux (C. civ. art. 1167) [2].

[1] Orléans, 8 décembre 1881, S. 83. 2. 113. C'est pourquoi les communistes pourraient opposer aux créanciers de l'un d'eux un partage sous seings privés n'ayant pas date certaine dans les termes de l'art. 1328, C. civ. Cass. 23 juillet 1866, D. 66. 1. 497.

[2] Rouen, 4 juillet 1843, S. 43. 2. 490. — Aubry et Rau, t. VI, p. 533, note 5. — Demolombe, t. XV, nos 509 et 627. — Thézard, *Hypothèques* n° 385. — *Contra*, 1er syst. La convention est inopposable aux créanciers antérieurs. — Duranton, t. X, n° 84. — 2e syst. : elle ne l'est à aucun. — Laurent, t. X, n° 242. — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 209.

Digitized by Google

Bien que voyant dans l'art. 2205 « l'application de l'art. 1166, » M. Laurent déclare cependant que la convention de rester dans l'indivision est inopposable aux créanciers; sans doute, dit-il, ils devraient respecter une aliénation émanée du débiteur, car ils n'ont pas de droit de suite et leur gage leur échapperait, mais ici le droit de suite n'est pas en question, il s'agit de savoir si un communiste peut soustraire ses biens à l'action de ses créanciers, ce que M. Laurent juge impossible, car la convention d'indivision ne crée pour lui qu'un lien personnel d'obligation sans affecter les biens, « ceux-ci restent donc assujettis à l'action des créanciers [1]. » Cette argumentation me semble facile à réfuter : les créanciers ne pouvant agir qu'en vertu de l'art. 1166 doivent respecter les actes faits sans fraude par leur débiteur : ils devraient subir une aliénation qui supprimerait définitivement partie de leur gage, *a fortiori* doivent-ils supporter la convention essentiellement temporaire qui, sans leur enlever leur gage, paralyse pour un temps l'exercice de leurs actions. Quand on dit en leur faveur qu'il y a là une renonciation purement personnelle à un droit et qu'elle leur est inopposable, cela ne me convainc pas encore : depuis quand les renonciations non frauduleuses à un droit sont-elles dans nos lois inopposables aux créanciers chirographaires? De plus, nous avons déjà démontré que, de tradition séculaire, la convention d'indivision porte plus sur les biens que sur les personnes des communistes.

Nous venons de voir les copropriétaires s'imposant par convention l'obligation réciproque de maintenir pendant cinq ans l'indivision entre eux; faut-il aussi admettre un testateur à apposer semblable condition à son legs, en principe quant à la totalité des biens légués et tout au moins en ce qui concerne la quotité disponible si les légataires sont héritiers réservataires, la réserve devant toujours être recueillie libre de toute charge? Notre ancienne jurisprudence, basée sur une interprétation abusive des lois romaines, répondait affirmativement; mais malgré ces précédents et les autorités nombreuses qui s'y sont rattachées sous l'empire du Code civil, l'opinion contraire me paraît résulter forcément du texte de l'art. 815 C. civ. Que dit en effet cet article?

[1] Cpr. Laurent, t. X, nos 242 et 254, 255.

Digitized by Google

Il édicte une double règle et une seule exception : — une double règle, ni la volonté des communistes ni celle de l'auteur commun ne peuvent rendre l'indivision obligatoire ; — une seule exception, les copropriétaires le peuvent cependant pour un temps limité ; le texte est muet en ce qui concerne l'auteur commun, la règle subsiste donc pour lui dans toute sa rigueur. L'argument *a contrario* s'impose ici et s'aggrave encore de la règle défendant d'étendre une exception d'un cas à un autre : *exceptio est strictissimæ interpretationis*. Rationnellement d'ailleurs la différence entre les deux hypothèses est très justifiable. Les communistes, ayant créé de leur libre volonté un état temporaire d'indivision en supporteront assez facilement les conséquences : ils ont dû se décider à bon escient, après réflexion, ils se maintiendront probablement dans cet état d'esprit. Imposée au contraire par une volonté étrangère, l'indivision est bien plus dangereuse : le testateur la crût-il nécessaire qu'elle pourrait encore être désastreuse, car il n'a pas pesé les dispositions des futurs communistes et leur répulsion à subir cette situation malgré eux. J'appliquerai donc l'art. 900 C. civ. et tiendrai pour non écrite, comme contraire à la loi, la condition accompagnant la libéralité [1].

Le doute ici naît surtout de ce que la partie de l'art. 815, apportant une exception au principe qu'il pose, est la reproduction presque littérale d'un passage de Pothier s'appliquant tant à la convention entre cohéritiers qu'à la prohibition de partage émanée du testateur : « on peut convenir valablement de différer le partage,.. ainsi, si le testateur.., s'est contenté d'ordonner que le partage fût différé jusqu'à un certain temps, cette disposition de sa volonté doit être suivie [2]. » D'où beaucoup d'auteurs tirent la légitimité d'une telle clause prohibitive pour un délai de cinq ans : les rédacteurs du Code civil, copiant presque Pothier, ont dû entendre le mot « convention » dans le même sens que lui, sinon ils s'en fussent expliqués formellement. Le testateur

[1] Merlin, Rép. v° *Partage*, § 2. — Colmet de Santerre, t. III, n° 139 *bis* II, p. 232. — Marcadé sur l'art. 815, n° 1, t. III. — Baudry-Lacantinerie, t. II, p. 144, n° 208. — *Contra*, Demolombe, t. XV, n°s 511, 512. — Aubry et Rau, t. II, p. 408 et t. VI, p. 533.

[2] Pothier, *Successions*, ch. IV, art. 1, § 1.

Digitized by Google

d'ailleurs n'est-il pas maître de ses biens : quand il met une condition à un legs que les bénéficiaires acceptent, ne se soumettent-ils pas *ipso facto* à la condition, car ils pouvaient refuser la libéralité et ne doivent pas pouvoir scinder la volonté de leur auteur? — Ce dernier argument va plus loin que ne le voudraient ceux qui le présentent, c'est la condamnation absolue de l'art. 900 C. civ., car on ne l'applique jamais qu'en scindant cette volonté du testateur et, si peu justifiable peut-être que soit cette disposition, elle s'impose à l'interprète. Oui, le testateur, maître de ses biens, peut faire ses libéralités sous telle condition qu'il lui plaît, mais encore faut-il que cette condition soit autorisée par la loi, sans quoi elle tombe sans entraîner la chute de la libéralité. Or ici rien n'est moins démontré que la légitimité de la condition apposée : il ne s'agit pas d'interpréter Pothier, mais l'article 815 qui, pris en lui-même, n'a pas besoin de commentaires. Il est d'ailleurs dangereux d'invoquer des témoignages anciens pour expliquer le sens d'une loi nouvelle plus restrictive de la liberté individuelle que l'ancien droit en matière d'indivision, nous l'avons vu; pourquoi n'y aurait-il pas une modification également à notre point de vue?

Je considère donc comme non écrite la clause prohibitive du partage quand elle émane d'un testateur et aussi, plus radical en cela que M. Laurent [1], quand elle est écrite dans une donation, v. g., dans un partage d'ascendants fait dans cette forme. On objecte qu'alors il y a convention et consentement exprimé par les cohéritiers, que dès lors l'art. 815 s'applique dans son exception. Mais c'est oublier que la règle de l'art. 900 s'applique aussi dans le Code civil aux libéralités entre-vifs parce que les rédacteurs du Code ont considéré comme prépondérante la volonté du donateur, à ce point même qu'ils ont qualifié la donation acte et non contrat (C. civ. art. 894). Il faut appliquer ici ces principes, d'autant plus que l'art. 815 me semble avoir prévu seulement, pour la permettre, la convention d'indivision entre communistes seuls et libres absolument de choisir en connaissance de cause, ce qui dans notre cas ne se présenterait pas; la convention étant en quelque sorte imposée par un tiers.

[1] t. X, nos 238 et 243.

Digitized by Google

Bref, et pour résumer d'un mot cette première partie de mes explications, je ne vois qu'un seul obstacle à l'exercice de l'action en partage par les communistes : il résulte de la convention des parties pour un délai de cinq ans au maximum. Passons maintenant aux obstacles perpétuels qui peuvent supprimer l'utilité et l'exercice de cette même action.

II. — *Obstacles perpétuels à l'action en partage.*

L'action en partage, nous l'avons dit, est imprescriptible; née en même temps que l'indivision et de son fait même, elle dure autant qu'elle, mais, comme son but est d'y mettre un terme, elle ne saurait lui survivre. Si l'on ne conçoit pas d'indivision possible sans action en partage, on ne peut imaginer l'action en partage existant sans indivision. Nous devons donc rechercher ici comment prend fin l'indivision, ce qui se produit soit par l'extinction de la chose au regard tout au moins des communistes, soit par l'effet d'un partage ou de la prescription. Reprenons successivement ces trois modes d'extinction.

I. *Extinction de la chose indivise.* — Ce mode n'est guère applicable qu'aux indivisions portant sur des objets particuliers, aussi l'art. 816 C. civ., prévoyant la communauté entre cohéritiers, ne l'indique-t-il pas. Cela va de soi d'ailleurs : l'objet du droit disparaissant, le droit lui-même tombe. Il en est ainsi tout d'abord s'il y a perte matérielle de l'objet, par exemple mort de toutes les têtes d'un troupeau indivis, ou s'il y a suppression absolue quoique immatérielle du droit, v. g. mise hors du commerce du bien commun par le fait du prince, expiration du délai de concession pour un monopole ou un brevet d'invention. Mais il faut aller plus loin et, donnant au mot extinction un sens plus large que dans les art. 1302 et 1303, C. civ., déclarer l'objet éteint au point de vue du droit d'indivision quand, demeurant entier et dans le commerce, il est passé définitivement des mains de tous les communistes dans celles d'un tiers par suite d'une donation ou d'une vente collective, l'indivision ne pouvant subsister sur la créance du prix, ou par l'effet de la prescription en ce qui concerne un bien déterminé[1]. Dans tous ces cas, la communauté

[1] S'il y a eu vente à un tiers de la chose commune par un seul commu-

Digitized by Google

ayant disparu, l'action en partage n'a plus de raison d'être. Cependant si la perte n'était que partielle, l'indivision et partant ladite action persisteraient pour le surplus.

II. *Partage.* — C'est là le mode d'extinction normal pour toute communauté. Il a lieu soit en nature et suivant les cas amiablement ou judiciairement, soit sous forme de licitation : le bien, démembré au premier cas, est échangé au second contre une somme d'argent à répartir entre les communistes. Il faut seulement qu'il soit valable et définitif, un partage provisionnel ou de jouissance laissant subsister l'indivision. Il faut aussi qu'il ait lieu entre tous les propriétaires ; fait entre quelques-uns d'entre eux seulement, ce ne serait plus un partage, l'acte serait inexistant, l'art. 1078 C. civ. nous donne un exemple de cette règle évidente. Le partage met fin à l'indivision parce qu'il répartit les biens entre tous les divers ayant-droit : si l'un n'y figure pas, l'indivision quant à lui persiste sur chaque molécule indivise, or on ne la comprend pas existant pour l'un des communistes et non pour les autres ; il n'y a donc pas de partage du tout[1].

C'est ce procédé pour supprimer l'indivision que l'article met en première ligne : le partage ne peut plus être demandé s'il y a eu « un acte de partage ». Ce mot *acte* est amphibologique, car il est employé dans notre droit avec deux sens distincts : il désigne parfois l'*instrumentum*, l'écrit destiné à prouver une convention ; ailleurs (C. civ. art. 778, 888, 1167) il désigne le *negotium juridicum*, la convention elle-même. C'est à mes yeux ce second sens qu'il a dans l'art. 816 dont voici la paraphrase : une convention de partage déjà faite empêchera d'en provoquer une nouvelle. L'article ne dit rien de plus : il n'a nullement trait aux

niste, le tiers acquéreur peut prescrire par dix ou vingt ans (C. civ. art. 2265) ; mais le vendeur est passible d'une action en indemnité de la part de ses cointéressés.

[1] Demolombe, t. XV, n° 617. — Aubry et Rau, t. VI, p. 512, note 9. — Laurent, t. X, n° 258. — L'action en partage est donc indivisible et doit être dirigée contre tous (la jurisprudence est indécise). Le droit romain n'exigeait pas l'adhésion de tous les communistes à la convention parce qu'elle ne constituait à Rome qu'un simple pacte dénué d'action et ne se transformait en contrat innommé que par son exécution par l'un quelconque des pactisants (L. 45, D. *De pactis.* — L. 21, C. *De pactis*).

Digitized by Google

formes essentielles à la validité du contrat et à la manière dont il pourra être prouvé; sans doute ce sont là des questions importantes à résoudre pour le cas où le partage serait ultérieurement attaqué, mais elles relèvent des principes généraux et l'art. 816 n'avait rien à ajouter de particulier. Il faut s'en référer aux articles 822 et suivants, C. civ., 966 et suivants, C. pr. c., en matière de partage judiciaire; et, s'il y est procédé amiablement, toutes les parties étant majeures et maîtresses de leurs droits (C. civ. art. 819), la liberté des conventions reprend son empire (C. civ. art. 1134): on peut faire le partage même sous forme de vente [1] ou de transaction et le constater dans un écrit authentique ou sous seing privé. Il peut même être verbal; son existence alors, si elle est contestée, pourra être prouvée par témoins s'il s'agit d'une valeur moindre de 150 fr. ou même au dessus de ce chiffre s'il existe un commencement de preuve par écrit (C. civ. art. 1341 et 1348-3°); on admettra toujours la preuve résultant de l'aveu et du serment. La jurisprudence la plus récente semble se fixer en ce sens [2].

Un groupe important d'auteurs appuyé par de nombreux arrêts interprète cependant tout autrement l'art. 816. Du rapprochement de ce texte avec l'art. 819 ils concluent que le mot *acte* y doit viser l'*instrumentum*, le titre écrit; que dès lors la convention de partage, tout comme la transaction et l'antichrèse, exigerait un écrit à peine de nullité et ne pourrait jamais être prouvée par témoins, fut-ce même au-dessous de 150 francs. — Cette doctrine est contraire aux précédents, aux principes du Code civil et à la raison. Elle est contraire aux précédents historiques, car depuis le droit romain on a toujours admis les partages verbaux « *instrumentis non intervenientibus* »; et aussi aux principes de notre législation n'exigeant pas en général l'écriture comme condition de validité des conventions. C'est là une règle à laquelle le Code civil ne déroge qu'en termes

[1] Il n'y aurait pas partage si tous les communistes avaient donné l'objet indivis à l'un d'eux, l'acte constituerait une libéralité et en suivrait les règles. Cass. 29 mai 1854, S. 54. 1. 49.

[2] Cass. 2 janv. 1872, S. 72. 1. 129. — Paris, 23 mars 1878, S. 78. 2. 256. Il peut y avoir lieu à une question de fait : le partage a-t-il été fait définitif ou provisionnel?

Digitized by Google

exprès, or tel n'est pas notre cas : si les mots « acte de partage » peuvent, sans l'art. 816, désigner le titre instrumentaire, nul doute qu'ils ne puissent viser aussi l'opération juridique du partage, c'est même là leur sens vraisemblable si l'on se reporte à l'art. 888. Or, quand il s'agit de déroger au droit commun, il est téméraire de s'appuyer sur une interprétation incertaine et même peu vraisemblable. Enfin la raison condamne cette doctrine : ne serait-il pas injuste d'obliger les parties qui ne savent pas écrire à faire les frais d'un acte notarié pour constater le partage d'une succession, si minime qu'elle fût? C'est, dites-vous, en raison de la nature complexe du partage qu'il est utile d'en exiger la rédaction écrite, pour éviter des difficultés et des procès dans l'avenir. Mais qui ne voit le remède à cet inconvénient? Il est précisément dans l'extrême difficulté de la preuve quand il n'y aura pas eu d'écrit de dressé, la preuve testimoniale n'étant pas admise au-dessus de 150 francs. En fait, tous les partages un peu importants seront rédigés par écrit; tant pis pour les imprudents qui, par excès de confiance dans leurs coïntéressés, auront négligé de prendre cette précaution [1].

La convention de partage peut donc être verbale, mais il faut toujours une convention, un accord de volontés exprimées. Notre droit actuel, adoptant l'avis de Pothier et de Lebrun, n'admet plus les partages de fait ou partages présumés que les anciens glossateurs déduisaient, invoquant à tort d'ailleurs la loi 4 C. *Comm. divid.*, de la seule jouissance séparée des biens indivis entre les communistes pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents [2]. C'était transporter en matière de partage la

[1] Rapport du conseiller Renault d'Ubexi, Req. 21 janv. 1867, S. 67. 1. 53. —Aubry et Rau, t. VI, p. 538, § 623, note 9.—Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* I.—Demolombe, t. XV, n°s 520, 521.—Laurent, t. X, n°s 262 et 302. — *Sic.* dans l'ancien droit. Rousseau de la Combe, Rec. jurispr. v° *Partage*, sect. III, n° 4. — *Contra* : Marcadé, art. 816, n° 1. Riom, 4 juillet 1857, S. 58. 2. 103. Chambéry, 9 fév. 1870, S. 70. 2. 123.

[2] Coutumes de Bar, art. 19; d'Anjou, art. 433; du Maine, art. 448. Guy Coquille sur la coutume du Nivernais, ch. 25, art. 1. — Il y avait d'ailleurs des coutumes niant au contraire la possibilité d'une prescription quelconque (ancienne Coutume de Bretagne, art. 225) ou ne l'admettant qu'en présence d'une possession immémoriale (Normandie, art. 529).

Digitized by Google

théorie de l'usucapion, mais cette application était injustifiable en raison et en droit. Cette possession séparée qu'on assimilait à un titre exprès de partage n'était-elle pas équivoque? Ne pouvait-elle pas résulter, aussi bien que d'un partage définitif, d'un partage provisionnel, ne portant que sur la jouissance, qui, bien loin de mettre fin à l'indivision, en prouvait au contraire la persistance? C'était peut-être un tel règlement qu'on transformait arbitrairement en partage de propriété. Aussi l'art. 816 a voulu proscrire une telle opinion et il autorise la demande en partage « même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession ». Les travaux préparatoires sont formels sur ce point : « il n'y a jamais partage par le seul fait, il faut toujours un acte qui le règle [1]. »

III. *Prescription.* — Et cependant le Code civil, toujours d'après Pothier, place la prescription à côté du partage parmi les modes extinctifs de l'indivision. Le tribun Siméon, auteur du texte que nous venons de citer, l'achevait ainsi : « à moins que la possession séparée qu'on aurait eue ne soit transformée en titre par la prescription » ; et l'art. 816 interdit de demander le partage s'il y a eu « possession suffisante pour acquérir la prescription ». Ne peut-on pas trouver que les législateurs de 1804, prohibant toute présomption de partage pour n'admettre que les partages de droit résultant d'une convention expresse, ont singulièrement atténué la rigueur de ce principe? Seul, disent-ils d'abord, un contrat entre les communistes peut mettre fin à l'indivision ; si ce contrat a existé, qu'on le prouve, sinon on pourra demander la répartition des biens, le partage n'est jamais présumé; puis aussitôt le texte déclare que parfois un état de fait persistant dispensera de cette preuve et, supprimant l'indivision, fera tomber aussi l'action en partage. N'est-ce pas, sous une forme un peu différente et avec quelques modifications dans les

[1] Tribun Siméon, Locré, *Lég.*, t. X, p. 301, n° 40.—Merlin, *Rép.* v° *Prescription*, sect. II, § 13, n° 6. — Aubry et Rau, t. VI, p. 538, § 623, note 9. — Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* I. — Demolombe, t. XV, n° 516. — Laurent, t. X, n° 262. *Sic* sans l'ancien droit, Pothier, *Introduction au titre* 17 de la Coutume d'Orléans, n° 72. Lebrun, *Successions*, liv. IV, ch. I, n° 2. Parlement Paris, 16 janv. 1598.

Digitized by Google

conditions exigées, en revenir à la théorie des partages de fait?

En effet, si le texte était muet, on eût singulièrement hésité, étant donnée la rigueur des principes, à admettre ici la prescription qui, inefficace pour fonder à perpétuité l'indivision, devrait l'être encore pour la faire cesser. Impossible de songer à une prescription extinctive de l'action en partage persistant tant que dure l'indivision. Impossible aussi d'admettre au profit d'un communiste la prescription acquisitive portant sur sa part dans la communauté. Outre qu'un cohéritier, par exemple, ne peut ainsi acquérir une quote-part de l'hérédité, la prescription ne s'appliquant pas aux universalités, qui ne voit combien la situation du communiste vis-à-vis du bien à prescrire, fût-il susceptible d'une vraie possession, diffère de celle d'un tiers. Si celui-ci peut invoquer la prescription, c'est qu'il peut invoquer un titre favorable, ou tout au moins que sa jouissance comme propriétaire n'est pas douteuse; or il en est tout autrement du communiste possédant un bien indivis : sa jouissance, si séparée qu'elle soit, a sa source dans l'indivision, c'est en principe une jouissance de communiste et non de propriétaire exclusif, elle est équivoque à l'égard des autres copropriétaires, ce qui devrait rendre la prescription impossible (C. civ. art. 2229 et 2240). Ce titre de communiste devrait toujours lui être opposable et l'empêcher d'acquérir pour lui seul ce qu'il possède ou doit posséder en cette qualité.

Cependant le Code civil, après le droit romain et l'ancien droit, admet l'extinction de l'indivision par la prescription acquise au profit d'un des copropriétaires et, il faut l'avouer, il y avait à cela de pressants motifs d'utilité pratique. Quand un communiste a géré très longtemps et à lui seul quelques-uns des biens indivis, en recueillant tous les bénéfices, en supportant toutes les charges, quand il est regardé par tous comme leur propriétaire exclusif, n'y a-t-il pas tout lieu de croire qu'il les détient en vertu d'une convention régulière : partage verbal dont les témoins sont disparus, acte écrit qui a pu s'égarer; n'est-ce pas vraisemblable, n'est-ce pas vrai le plus souvent? Et surtout le fondement ordinaire de la prescription se rencontrait ici : l'intérêt public demande qu'au bout d'un certain temps les situations acquises en fait soient tenues pour légitimes; s'il n'en est pas

Digitized by Google

ainsi en ce qui concerne l'indivision elle-même, c'est que la loi y voit un état dangereux et nuisible pour tous, mais le principe doit s'appliquer en présence d'une appropriation individuelle, la prescription lésât-elle d'ailleurs quelques intérêts particuliers. Voilà les considérations qui ont paru décisives au législateur sans qu'il ait consacré pour cela la doctrine des partages présumés.

Il en serait sans doute autrement, s'il était vrai que la prescription est « la présomption légale d'une cause légitime d'acquisition[1] », mais cette définition est certainement erronée. Dans la prescription, le Code civil, comme la tradition, voit non pas une présomption, c'est-à-dire un moyen de prouver l'acquisition antérieure de la propriété (C. civ. art. 1316), mais un mode juridique d'acquisition créant par sa propre vertu le droit de propriété (C. civ. art. 712). Si nous admettons qu'au bout d'un certain temps le communiste aura acquis la propriété du bien indivis par lui possédé, ce n'est pas parce que sa longue possession aura prouvé le partage, mais parce qu'elle lui a fait avoir un droit absolu et exclusif et est devenue son titre indépendamment de tout autre. La prescription acquisitive peut compéter à des usurpateurs sans titre et sans bonne foi, ce n'est plus alors la juste cause de leur possession, mais cette jouissance prolongée à elle seule qui leur constitue le droit de propriété (C. civ. art. 2262). Dans notre cas spécial la présomption de partage n'est qu'un motif aperçu par le législateur pour appliquer ici la théorie de la prescription, à elle seule elle ne justifie pas cette application; en voici le vrai motif : après un long délai il est de l'intérêt social de maintenir un état de fait qui n'est pas, comme l'indivision, contraire aux principes et à l'ordre général. Si, après ce délai, un ex-communiste peut repousser toute action de ses anciens associés, c'est qu'il leur oppose, non une présomption de partage, mais la prescription : je suis un usurpateur, peut-il leur dire, sans droits légitimes peut-être, mais vous avez été trop longtemps inactifs et la loi, sacrifiant à l'intérêt public les intérêts des particuliers trop négligents, m'a constitué un droit exclusif et vous a fait perdre les vôtres; je n'invoque ni partage

[1] Mourlon, *Répétitions*, t. III, n° 1753, réfuté par Laurent, t. XXXII, n° 3 et Leroux de Bretagne, t. I, n° 9.

Digitized by Google

ni convention, peu importe pourquoi j'ai été mis en possession, j'y suis resté longtemps, assez longtemps pour que la loi vous exproprie à mon profit. On comprend donc comment la prescription s'applique ici sans qu'il y ait pour cela présomption de partage; entrons maintenant dans le détail et examinons tout d'abord l'hypothèse spécialement prévue par l'art. 816, celle où un communiste a joui séparément de partie des biens indivis.

Disons tout d'abord, et ce que nous venons de dire l'a fait pressentir, que la prescription à invoquer par lui est une prescription acquisitive lui faisant acquérir *erga omnes* la propriété de ce qu'il a possédé. On le nie souvent, mais à tort suivant moi, car parler ici de prescription extinctive, c'est oublier l'imprescriptibilité de l'action en partage subsistant tant que les biens n'ont pas cessé d'être indivis pour devenir la propriété exclusive de quelqu'un : tiers ou copropriétaire. L'art. 816 d'ailleurs démontre doublement la vérité de notre affirmation : il exige une possession chez qui prescrit et jamais pareille condition n'est requise en matière de prescription extinctive résultant du simple laps de temps; d'autre part, il met cette prescription sur la même ligne que le partage, elle doit donc avoir les mêmes effets absolus que lui. C'est donc une prescription acquisitive que consacre l'art. 816 [1] : la possession qui la crée doit être « suffisante », elle doit dès lors revêtir les caractères exigés par l'article 2229 C. civ. et se prolonger pendant trente ans.

La possession du communiste doit être conforme aux conditions requises par l'art. 2229, car il faut qu'elle annonce chez le possesseur l'intention de s'approprier la chose et qu'elle soit de nature à éveiller l'attention des copropriétaires menacés. Il la faut donc « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. » Rien à dire de spécial quant aux premières conditions, mais il en est autrement des

[1] Laurent, t. X, n° 265; Baudry-Lacantinerie, t. II, p. 147, n° 212. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. III, § 3, art. 1, n° 3; Aubry et Rau, t. VI, p. 534, notes 8 et 9. Cpr. Demolombe, t. XV, n° 525. — Il en était autrement à Rome : la possession séparée d'un communiste éteignait l'action en partage (l. 1, § 1, C. *De ann. exc.*) sans lui faire acquérir la propriété. Accarias, *Droit romain*, t. II, n° 927. Leroux de Bretagne, t. II, n° 794, adopte la même théorie en droit français.

Digitized by Google

dernières. Si séparée qu'elle soit, cette possession n'est-elle pas toujours équivoque et inefficace pour la prescription? car, née de l'indivision, elle n'est pas par elle-même l'indice certain d'une volonté de se gérer comme propriétaire exclusif; elle impliquera fort souvent, comme possession d'un communiste, un droit commun à d'autres personnes; on ne prescrit pas d'ailleurs contre son titre, « on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession » (C. civ. art. 2240).

Sans doute il y aurait toujours un moyen pour le communiste de s'assurer une possession utile pour la prescription, ce serait d'intervertir son titre. En effet, si en principe tout détenteur précaire pour autrui ne peut jamais prescrire, par quelque laps de temps que ce soit, la propriété du bien à lui confié (C. civ. art. 2236), il le pourra au contraire s'il y a eu interversion de son titre, qu'elle vienne d'un tiers ou d'une contradiction formelle au droit du propriétaire (C. civ. art. 2238); *a fortiori* en est-il ainsi pour le communiste qui possède pour lui en même temps que pour d'autres. Mais cette interversion est-elle indispensable? Sans elle, toute possession séparée d'un copropriétaire est-elle de nul effet quant à la prescription? On l'a soutenu, mais c'est à tort, suivant moi. L'art. 816, admettant en notre matière la prescription, ne fait pas mention de la nécessité d'une interversion de titre, (il faut en effet une volonté préconçue pour voir dans ces mots « une possession suffisante » un rappel de l'art. 2238); c'est donc qu'à la suite de l'ancien droit, il ne l'exige pas. Et c'est très justifiable : la loi désire la fin de l'indivision et en craint la continuité; d'autre part les copropriétaires ne la supportent pas facilement en général, ce qui rend très vraisemblable l'existence d'un partage quand pendant longtemps il y a eu jouissance séparée de la part d'un communiste. Ces raisons ont entraîné le législateur à ne pas exiger pour la possession utile une véritable interversion de droit. Vouloir malgré tout appliquer ici l'art. 2238, c'est oublier que cet article vise une catégorie de personnes toute spéciale : celle des détenteurs pour autrui. Le fermier, le dépositaire, etc., ne peuvent pas prescrire sans interversion de titre; mais avant cette interversion ce sont des possesseurs à titre précaire, plus

Digitized by Google

exactement ce sont des détenteurs, ils n'ont pas une vraie possession et leur seule volonté est incapable de leur en constituer une. Le communiste, lui, n'est pas un détenteur, c'est un propriétaire et il possède vraiment, il possède pour lui en même temps que pour les autres; dès lors plus n'est besoin de l'interversion de droit de l'art. 2238 [1].

Seulement il faut une interversion de fait. Le motif qui a séduit le législateur, la probabilité d'un partage, conduirait à baser la prescription sur toute jouissance séparée, fût-elle une jouissance de communiste résultant par exemple d'un partage provisionnel; or il n'en est rien [2], l'art. 816 a définitivement répudié les partages présumés. En dehors du partage réel, seule la prescription peut mettre fin à l'indivision et, pour fonder une prescription, il faut, non une possession promiscue, mais une possession non équivoque et à titre de propriétaire, une possession séparée résultant de la séparation des droits eux-mêmes. Le titre lui-même n'a pas besoin d'être interverti, mais il faut que la possession le soit, que de commune elle devienne exclusive et présente en fait des caractères plus accentués et plus personnels. Elle a pu revêtir ce caractère dès l'origine de l'indivision, elle peut au contraire devenir exclusive après avoir été commune, et il est alors très difficile de fixer exactement le moment de ce changement, ce qui est indispensable cependant, car c'est de ce jour là seulement que la prescription a pu courir au profit du communiste qui l'invoque [3]. Celui-ci devra donc prouver cette possession *animo domini;* il le pourra faire soit par écrit, soit même par témoins, car il s'agit d'établir de simples faits comportant toujours la preuve testimoniale (C. civ. art. 1348); il

[1] Demolombe, t. XV, n° 527. Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* II. Laurent, t. X, n° 264. Leroux de Bretagne, *Prescription*, t. I, n°s 318 et 420. Cass. 26 août 1856, D. 56. 1. 340. — Cpr. Cass. 16 déc. 1873, D. 76. 1. 76. Aubry et Rau, t. VI, p. 534, § 622, note 8. — *Contra :* quelques arrêts dans l'ancien droit, v. g. Parlement de Toulouse 2 janv. 1669. Voir Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. III, § 3, art. 1.

[2] Bien mieux, s'il y avait eu partage provisionnel, M. Laurent exige une interversion du titre pour rendre la prescription possible. (t. X, n° 265).

[3] Cass. 4 juillet 1853, D. 53. 1. 298. Aubry et Rau, t. VI, p. 534. Demolombe, t. XV, n° 530. Laurent, t. X, n° 266.

Digitized by Google

lui faudra invoquer « des actes extérieurs et contradictoires, agressifs et persévérants qui, par une manifestation non équivoque, mettent l'associé en demeure de défendre son droit, autrement il est censé jouir en vertu de son titre aussi bien pour la communauté que pour lui-même »[1]. Il devra s'être géré comme propriétaire exclusif et avoir manifesté ses prétentions de manière à écarter toute équivoque sur le caractère de sa possession.

C'est seulement après trente ans de jouissance séparée que la prescription sera accomplie et rendra irrecevable l'action en partage, peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. Cette affirmation peut paraître étrange de la part de ceux qui, comme nous, considèrent ladite prescription comme acquisitive : elle porte non sur une action, mais sur un bien, dès lors ne pourrait-on pas appliquer pour les immeubles l'art. 2265 C. civ. et pour les meubles corporels l'art. 2279 C. civ. ? Non et voici pourquoi : l'art. 2265, autorisant la prescription acquisitive par dix à vingt ans de possession, exige chez le prescrivant un juste titre ; or ce juste titre manque ici ; car le seul que pourrait invoquer le possesseur est si loin d'être juste qu'il constituerait à lui seul un obstacle perpétuel à la prescription, son droit de communiste étant contrebalancé et neutralisé par les droits égaux des autres. L'art. 2265 est donc inapplicable et il en est de même pour un motif identique de l'art. 2279 : il nous faut donc même en matière mobilière repousser l'opinion tant de ceux qui présument un partage après un délai variant suivant les circonstances, ce qui est du pur arbitraire, que de ceux qui, invoquant la maxime « en fait de meubles possession vaut titre », admettent ici une prescription instantanée. Outre qu'il n'est pas applicable aux meubles incorporels, l'art. 2279 donne seulement au possesseur un moyen d'échapper à une action en revendication, à une action purement réelle ; dès qu'il y a de la part du possesseur une obligation personnelle, dès que l'action intentée contre lui est personnelle (et l'action en partage est mixte), l'art. 2279 cesse de le protéger.

[1] Dijon, 9 août 1867, D. 70. 1. 151. Cass. 25 mars 1851, D. 54. 5. 578. Laurent, t. XXXII, n° 292. — *Sic* dans l'ancien droit : Coutumes de Metz, tit. XIV, art. 14 ; de Lorraine, tit. XVIII, art. 3. — Arrêt Toulouse, 3 sept., 1705 et juillet 1742. Paris, 17 mars 1735.

Digitized by Google

De plus l'art. 2279, tout comme l'art. 2265, suppose un juste titre chez celui qui l'invoque; il est vrai que ce juste titre, plus libéral que l'art. 2265 il le présume dès qu'il y a possession, mais enfin la preuve contraire est admise, et quand le titre connu n'est pas un juste titre, ce qui est notre cas, notre article ne s'applique plus. Tout ce que l'on pourrait admettre, c'est qu'une convention verbale de partage étant plus facilement supposable en matière mobilière, la jouissance séparée d'un communiste pourrait constituer, non pas une présomption légale de partage (il n'y a plus aujourd'hui de partage présumé), mais une de ces présomptions de l'homme (C. civ. art. 1353) qui, jointe à d'autres ou à un commencement de preuve par écrit, pourrait prouver l'existence de cette convention [1]. Mais cela ne fait pas échec à notre principe : s'il n'y a pas un partage prouvé d'une manière quelconque, seule la prescription de trente ans peut mettre fin à l'indivision au profit d'un communiste qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, parce qu'il n'a pas un juste titre à invoquer [2].

Nous venons d'étudier jusqu'ici le cas expressément prévu par l'art. 816, celui où l'un des copropriétaires a joui séparément de partie des biens indivis, mais il ne faut pas hésiter à étendre sa solution au cas où chacun des communistes a joui séparément et à titre de propriétaire exclusif d'une part distincte des biens indivis, ce qui peut résulter par exemple d'un partage provisoire, c'est-à-dire d'un partage portant non sur la jouissance mais sur la propriété et se distinguant d'un partage définitif en ce qu'il

[1] Cass. 12 juin 1844, S. 44. 1. 574. — Laurent, t. X, n° 265. — Demolombe, t. XV, n° 532. — Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* VII.

[2] Aubry et Rau, t. VI, p. 538, note 8.—Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* VII.—Demolombe, t. XV, n°s 529-531.—Leroux de Bretagne, t. II, n° 788.—Laurent, t. XXXII, n°s 367 et 553.— Cass. 14 nov. 1871, S. 71. 1. 217; 12 déc. 1876. S. 79. 1. 452 — Merlin, *Rép.* v° *Prescription*, sect. III, § 3, art. 1, n° 3. — Ce délai de trente ans est évidemment exigé par ceux qui voient là une prescription extinctive. Même en la déclarant acquisitive, il est encore indispensable sous peine de présumer le partage et de donner à cette présomption un effet plus énergique qu'au partage réel qui, déclaratif de propriété, ne constitue pas dans notre droit un juste titre pouvant baser la prescription de dix à vingt ans (Cass. 10 déc. 1845, D. 46. 1. 45), fût-ce un partage d'ascendant sous forme de donation entre-vifs (Laurent. t. XXXII, n°s 390, 401, 402.— Leroux de Bretagne, t. II, n° 868).

Digitized by Google

est fait sous condition résolutoire. Après trente ans il y aura acquisition définitive par prescription de la part possédée par chacun. Ce n'est pas sortir des termes de notre article car chaque possesseur a bien joui séparément de partie des biens indivis et d'ailleurs la loi admettant ici la prescription a voulu légitimer comme droit toute jouissance séparée sans s'inquiéter du motif originaire, pourvu qu'elle soit prolongée pendant trente ans; ajoutons que jamais l'hypothèse d'un partage n'est plus vraisemblable qu'ici.

Et cependant ce n'est pas encore une fois une présomption légale de partage que la loi consacre. On l'a soutenu en faisant remarquer que l'art. 816, s'en référant expressément au cas d'une jouissance séparée par un seul, a dû s'en tenir, quant à notre hypothèse, à l'ancien système présumant un partage après dix ou vingt ans [1]. La réfutation est facile : notre droit répudie les partages de fait, en admettre un ici c'est créer de toutes pièces une présomption légale, or les présomptions de cette nature ne peuvent être établies que par un texte (C. civ. art. 1350). C'est donc la prescription et elle seule qui fonde le droit, non une présomption de partage; les conséquences suivantes en découlent : tout d'abord il faut une possession prolongée pendant trente ans, car la prescription décennale exige un titre qui manque ici; de plus, peu importe l'inégalité plus ou moins grande des lots de chacun, la loi n'exige nullement entre eux l'égalité ni même, suivant le mot de Guy Coquille, quelque proportion approchante d'égalité. Il en serait autrement s'il s'agissait d'un partage présumé, mais la prescription opère individuellement pour chaque communiste, sa seule possession le rend propriétaire sans qu'il y ait lieu de se demander si les autres possèdent eux aussi ou non. Après trente ans de possession séparée il n'y a plus d'indivision et l'action en partage ne peut plus s'exercer [2].

Quant aux conditions de la possession, ce sont les mêmes que dans l'hypothèse spécialement prévue au texte. N'en

[1] Maleville sur l'art. 816. Amiens, 18 janv. 1823, Dalloz, *Rép.* v° *Succession*, n° 1550.

[2] Aubry et Rau, t. VI, § 622, p. 534. — Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* III. — Demolombe, t. XV, n°s 539-542. — Laurent, t. X, n° 267. — Leroux de Bretagne, t. II, n°s 792 et 795. Cass. 2 août 1841, S. 41. 1. 776.

Digitized by Google

déplaise à M. Laurent, nous nous contentons encore ici d'une simple interversion de fait portant sur la possession du communiste sans exiger, d'après l'art. 2238 C. civ., une interversion du titre, cela pour les raisons déjà invoquées. C'est seulement pour les détenteurs précaires qui ne possèdent pas que cet article est écrit, et il nous semble téméraire de l'appliquer à un véritable cas de possession par un copropriétaire. Sans doute ici la possession séparée peut résulter d'un partage simplement provisionnel, mais j'en conclus seulement qu'il faudra être en fait plus exigeant pour le caractère absolu et privatif de la possession; dès lors qu'il n'y aura aucun doute sur ce point, la prescription commencera à courir au profit du communiste qui pourra invoquer une telle jouissance et, quand tous auront ainsi possédé une portion quelconque des biens indivis pendant trente ans, la communauté aura vécu et l'action en partage tombera.

La prescription est admise par la loi comme mode extinctif de l'indivision et, si la vraisemblance d'un partage antérieur a été l'un des motifs déterminants du législateur, c'est là seulement un motif; l'art. 816 ne présume pas le partage, il autorise chaque communiste à prescrire le bien indivis au détriment de ses copropriétaires, c'est une vraie prescription qu'il édicte : après trente ans de jouissance séparée, la propriété est acquise sans que le possesseur ait à assigner tel ou tel fondement à son droit en dehors de sa longue possession. Dès lors rien de plus simple que de lui permettre d'invoquer la prescription quand il a possédé *pro suo*, non une partie comme le prévoit l'art. 816, mais la totalité des biens indivis à l'exclusion de tous les autres communistes. Bien entendu il en sera ainsi quand ce copropriétaire, un cohéritier par exemple, n'a jamais reconnu la qualité de ses cohéritiers, mais ce ne serait pas là notre hypothèse : il n'y aurait jamais eu alors indivision en fait et ceux-ci auraient perdu non l'action en partage, mais la pétition d'hérédité, action essentiellement prescriptible. Mais je suppose l'indivision ayant existé, puis un cohéritier qui reconnaît le titre et la qualité des autres les excluant de la jouissance de l'hérédité entière et se gérant à lui seul comme maître absolu de la totalité : après trente ans d'une telle possession séparée et paisible, il aura acquis la propriété et,

Digitized by Google

l'indivision ayant cessé, l'action en partage ne sera plus recevable contre lui. Sans doute ce cas n'est pas prévu expressément par l'art. 816 qui indique une seule des diverses hypothèses de Pothier, mais il rentre dans ses termes puisque le communiste a eu une jouissance séparée et privative et dans son motif : la nécessité de perpétuer un tel état de fait persistant depuis trente ans qui, fort souvent d'ailleurs, résultera d'un arrangement entre cohéritiers [1].

Il en serait absolument de même, et pour les mêmes motifs, du cas où l'un des communistes est resté trente ans en dehors de l'indivision, que les autres y soient restés ou aient fait entre eux un partage des biens communs : leur jouissance, quoiqu'indivise dans leurs rapports respectifs au premier cas, n'en est pas moins toujours séparée quant à lui. Il a perdu tout droit sur l'objet indivis, il n'a donc plus l'action en partage résultant de ce droit. Suivant le mot de Lebrun, « la demande en partage se prescrit par trente ans, non contre ceux qui ont joui par indivis qui peuvent toujours demander le partage, mais contre ceux qui n'ont pas joui du tout [2]. » Et cela s'appliquera quand bien même les autres communistes, s'étant partagé les biens indivis, ont réservé la part de l'absent; celui-ci invoquerait en vain après trente ans cette réserve comme une reconnaissance de son droit, les autres lui répondraient victorieusement que c'est pour eux qu'ils l'ont faite, pour profiter de cette part au cas de mort du titulaire ou de prescription acquise par eux contre lui.

Si, dans tous ces cas, le possesseur devient propriétaire après trente ans de ce dont il a joui, ce n'est pas à la suite d'un partage présumé, c'est par la vertu propre de la prescription. Il en faut donc appliquer ici toutes les règles. Tout d'abord, puisqu'il s'agit d'une prescription acquisitive et que l'art. 816 lui-même exige une possession, il faut que la chose à prescrire soit susceptible de possession. La chose est sans difficulté quand

[1] Aubry et Rau, t. VI, p. 534.—Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* V. —Demolombe, t. XV, n° 543.—Laurent, t. X, n° 267.—Leroux de Bretagne, t. II, n° 793.—Cass. 4 juin 1853, S. 54. 1. 108. *Sic*, l. 1, § 1, C. *De an. exc.*

[2] Lebrun, *Successions*, liv. IV, ch. 1, n° 88.—Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* IV.—Demolombe, t. XV, n°s 544, 545. — Laurent, t. X, n° 267. — Leroux de Bretagne, t. II, n° 790.

Digitized by Google

il s'agit d'une indivision portant sur un objet particulier, mais quelques éclaircissements sont nécessaires quand les biens indivis constituent une universalité, v. g. entre cohéritiers. L'hérédité, universalité juridique, n'est comme telle susceptible ni de possession ni partant de prescription acquisitive, d'où beaucoup d'auteurs ne voient dans l'art. 816 qu'une prescription extinctive de l'action en partage. Mais, nous l'avons dit, la prescription opère sur quelque fondement que repose la possession, après trente ans elle crée un droit même pour l'usurpateur. Dès lors quand l'art. 816 parle de prescription en ce qui concerne les cohéritiers, ce n'est pas ce titre de cohéritier ni l'hérédité en tant qu'universalité qu'il s'agit de prescrire, mais les droits et les biens qui la constituent. Le cohéritier acquerra ainsi les biens qu'il a possédés et les droits dont il a joui, car l'art. 2228 C. civ., dans sa définition de la possession, fait rentrer ce qu'on nommait autrefois quasi-possession. Seulement il n'acquerra que cela : *tantum præscriptum quantum possessum*. Jamais la prescription ne lui fera avoir autre chose que des droits ou des biens particuliers qui pourront être acquis par lui dans des délais variables suivant l'époque où a commencé quant à eux sa jouissance. S'il devient propriétaire après trente ans, c'est par prescription, et ce qu'il a prescrit, c'est seulement tel ou tel bien, tel ou tel droit. Seuls les biens et les droits par lui possédés sont sortis de l'indivision, les autres y demeurent et l'action en partage imprescriptible peut toujours être exercée quant à eux par les communistes, tant que ces biens ne seront pas devenus à leur tour la propriété exclusive de quelqu'un par la prescription [1].

Si quant aux biens possédés la prescription opère individuellement, il en est de même quant aux personnes. Si après trente ans de jouissance séparée il y avait présomption de partage, nul ne pourrait plus en provoquer un nouveau sur les biens ainsi possédés et l'indivision serait forcément éteinte à l'égard de tous ou ne le serait à l'égard de personne. Il suffirait en effet qu'un seul des communistes en dehors du détenteur eût encore des droits sur ces biens pour qu'ils redevinssent communs à l'égard

[1] Rappelons qu'entre cohéritiers les créances et les dettes ne tombent pas dans l'indivision, mais sont partagées de plein droit (C. civ. art. 873 et 1220).

Digitized by Google

de tous, un partage présumé tout comme un partage réel devant être intervenu entre tous les copropriétaires et leur être également opposable à tous. Mais j'applique strictement les principes de la prescription qui est essentiellement personnelle et qui, acquise par l'un, ne profite qu'à lui, acquise contre l'un, peut ne pas l'être contre les autres. Il faut appliquer en notre matière les règles relatives aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription, ces causes ne pouvant être invoquées que par ceux dans la personne de qui elles se sont réalisées.

La prescription peut, même après trente ans de jouissance séparée, n'être pas acquise par le possesseur contre tous les autres communistes, si l'un d'entre eux peut invoquer une cause de suspension, v. g. sa minorité (C. civ. art. 2252). Ce mineur peut donc encore former l'action en partage, car l'indivision subsiste entre lui et le possesseur, mais entre eux seuls, les communistes majeurs en sont désormais exclus. Ils n'ont pas à se plaindre d'ailleurs, car en principe la prescription court contre tous, elle n'était suspendue qu'en faveur du mineur, que ne l'ont-ils interrompue? Ils ne peuvent invoquer le bénéfice de la suspension, car l'indivision n'est pas l'indivisibilité, et c'est seulement en ce dernier cas que la suspension opère *de persona ad personam*. Le mineur pourra d'ailleurs, comme plus généralement tout communiste pouvant provoquer le partage d'un bien encore indivis quant à lui, conserver les biens possédés par lui et son auteur séparément pendant trente années, sans en devoir le rapport à la masse. Provoquer le partage, ce n'est pas de sa part, quoi qu'on en ait dit, reconnaître que l'indivision a toujours persisté pour la totalité des biens communs, mais seulement qu'elle subsiste quant aux biens non possédés séparément pendant le temps nécessaire à la prescription [1].

L'interruption civile (C. civ. art. 2244) ne profite elle aussi qu'à celui de qui elle émane et n'est opposable qu'à celui auquel on l'adresse; on applique ici le principe des art. 1165 et 1351 C. civ. La demande en partage formée contre le détenteur d'un bien indivis par un seul des autres communistes n'interrompt pas la prescription au profit de tous, eussent-ils adhéré aux conclusions du

[1] Laurent, t. X, n° 269. — Aubry et Rau, t. VI, p. 535. — *Contra :* Demolombe, t. XV, n° 537.

Digitized by Google

demandeur, tant que tous ils n'ont pas agi. De même un des communistes est absent et les autres ont joui des biens communs indivisément entre eux, mais séparément quant à lui, l'interruption de la prescription ne lui sera acquise contre tous que s'il fait autant d'actes interruptifs qu'il a de coïntéressés. Enfin, si deux de plusieurs copropriétaires ont une jouissance séparée *erga omnes* et sont assignés conjointement par les autres aux fins de partage, ils ne peuvent s'opposer mutuellement l'interruption de la prescription en résultant s'ils ne se sont eux-mêmes constitués demandeurs au partage, car ils sont codéfendeurs et l'interruption de prescription ne profite qu'aux demandeurs. C'est l'application des principes généraux en matière d'interruption auxquels la loi ne déroge qu'aux cas de solidarité et d'indivisibilité. Si on en a douté, c'est en supposant entre communistes un mandat d'après lequel tout acte fait par l'un d'eux ou dirigé contre lui est présumé fait par tous ou dirigé contre tous et en voyant là une situation très analogue à celle créée par la solidarité. La question, discutable dans l'ancien droit, ne l'est plus aujourd'hui. En principe l'interruption de la prescription n'opère pas *de persona ad personam*, il n'en est autrement qu'en matière de solidarité ou d'indivisibilité, or l'indivision laisse les droits des communistes distincts, et parler ici de présomption légale de mandat ou d'analogie avec la solidarité, c'est violer ouvertement l'article 1350 et l'art. 1202 C. civ. : la solidarité ne se présume jamais[1].

Et maintenant, puisque c'est par la prescription que le communiste acquiert les biens dont il a joui séparément pendant trente ans, l'art. 2220 C. civ. lui permet évidemment de renoncer à ce droit quand il est acquis, les biens retomberont alors dans l'indivision et pourront être partagés : il lui faut seulement pour cela la capacité d'aliéner (C. civ. art. 2222). Mais pourra-t-il, en offrant de rapporter ces biens à la masse, demander le partage des biens

[1] Aubry et Rau, t. VI, p. 535, § 622, notes 10 et 11 et t. II, p. 359, § 215, note 61. Demolombe, t. XV, n° 546. Leroux de Bretagne, t. I, n°s 553-555. Laurent, t. XXXII, n° 147. — Discuté dans l'ancien droit. *Sic* Dunod, *Prescription*, p. 60. Pothier, *Prescription*, n° 55. — Jurisprudence : *Sic :* Cass. 31 janvier 1834, S. 34. 1. 85. — Pau, 11 mars 1861, D. 61. 2. 95. — *Contra :* Montpellier, 16 nov. 1842, S. 43. 2. 114.

Digitized by Google

restés indivis aux mains des autres? Oui certainement, comme il le pourrait même sans effectuer ce rapport, si, pour un motif quelconque, v. g. parce qu'il a été mineur pendant cette période de trente ans, la prescription n'a pas pu courir au profit des communistes contre lui. Sinon, non, car la prescription peut aussi lui être opposée; ses anciens associés ayant eu une jouissance indivise entre eux, mais quant à lui séparée, il a perdu tout droit sur les biens communs et ne peut donc plus intenter l'action en partage [1]. Dans ces conditions, jamais une telle renonciation à prescription n'interviendra dans la pratique; le plus souvent d'ailleurs une telle situation sera le résultat d'un arrangement antérieur, la part du prescrivant ayant été faite d'avance par tous les autres communistes ensemble.

Nous venons de montrer comment la prescription met fin à l'indivision, partant à l'exercice de l'action en partage; nos explications ont prouvé surabondamment quelle différence il y a entre ce mode d'extinction et le partage. Inutile d'ajouter que la possession prolongée faisant à elle seule acquérir la propriété du bien indivis, aucun des effets du partage ne se produit entre anciens quasi-associés quand c'est par la prescription que l'indivision a cessé : par exemple, non seulement il n'y a pas de privilège de copartageant parce qu'il n'y a pas de créance réciproque, mais il n'y a pas d'obligation de garantie. C'est à lui seul et à la suite d'une situation toute personnelle que l'excommuniste est devenu propriétaire, cette situation ne repose pas sur un accord entre tous, elle ne doit donc créer entre eux aucune relation analogue à celles qui résultent d'une convention.

Telles sont les explications que nous avons cru devoir donner sur la difficile matière si brièvement traitée dans les art. 815 et 816, C. civ.; nous nous sommes efforcé de les concilier, surtout en ce qui concerne la prescription, avec les principes généraux de notre droit. HENRY TAUDIÈRE.

[1] Colmet de Santerre, t. III, n° 140 *bis* IV. Demolombe, t. XV, n° 538. Laurent, t. X, n° 269. — *Contra* : Marcadé, art. 816, n° 3. Leroux de Bretagne, t. II, n° 794.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DROIT INTERNATIONAL.

(Décisions publiées en 1888)

Par M. Chausse, agrégé près la Faculté de droit de Montpellier.

Article 9 du C. civil. — Majorité.

La Cour de cassation ne s'était pas encore prononcée sur le point de savoir si la majorité visée dans l'art. 9 du Code civil est celle qui est déterminée par la loi française, ou celle qui est fixée par la loi nationale des parents de l'enfant. Cette question est fort controversée. La jurisprudence belge s'attache à la majorité du Code civil (V. notamment Cass. 8 avril 1878, Sirey 1879. 2. 265). Notre Cour suprême s'est ralliée à ce système et a cassé un arrêt de la Cour de Paris du 1er décembre 1885 confirmant un jugement du tribunal civil de la Seine du 1er décembre 1883[1]. La question est trop connue pour qu'il soit nécessaire de la reprendre [2]. Contentons-nous de discuter les motifs de l'arrêt de cassation. « S'il est vrai que l'état et la capacité des étrangers sont régis, même en France, par la loi de leur pays, cette règle est inapplicable au cas prévu par l'art. 9, où il s'agit d'un individu qu'on ne saurait réputer, ni *absolument français*, ni *absolument étranger*, parce qu'il lui suffit de réclamer la qualité de Français pour en jouir définitivement; » et plus loin : « le Code civil n'a pu avoir égard aux statuts étrangers, alors que la déclaration qu'il exige tend plutôt à *confirmer* en la personne du déclarant la qualité de Français, qu'à la lui faire acquérir. » La Cour argumente de l'effet rétroactif de la déclaration, mais il est manifeste qu'elle confond deux questions qui doivent demeurer distinctes. L'enfant naît étranger et reste tel jusqu'au moment où il adopte la nationalité française. Jusque-là il ne peut se prévaloir des avantages attachés à la qualité de Français; notamment il peut être extradé, ou expulsé (Paris, 6 février 1884, Sirey, 1885. 2. 215). Évidemment la rétroactivité de la déclaration ne

[1] 20 juin 1888, *Sirey*, 1888. 1. 300.

[2] V. *Revue critique*, année 1884, p. 723.

Digitized by Google

peut influer en rien sur sa validité. *Prius est agere quam retro-agere.* Il est remarquable que les tribunaux belges, qui se réfèrent à la majorité fixée par le Code civil, refusent de reconnaître à la déclaration d'option un effet rétroactif.

La Cour ajoute « qu'il résulte expressément de l'ensemble de nos lois relatives à la naturalisation des étrangers, que ceux-ci sont indistinctement admis, à partir de vingt-et-un ans accomplis, à demander et obtenir la qualité de Français, sans qu'il soit tenu aucun compte de l'âge fixé pour leur majorité par le statut de la nation à laquelle ils appartenaient jusqu'alors. » Mais on peut répondre que si dans l'art. 9 les rédacteurs du Code avaient voulu s'attacher à l'âge de vingt-et-un ans, ils auraient pris soin de le dire, et qu'au surplus, il est contraire aux règles d'une bonne interprétation d'étendre en dehors d'un texte précis, le nombre des hypothèses dans lesquelles le législateur a méconnu le principe fondamental qui soumet en tous lieux l'état et la capacité des personnes à l'empire de la loi de la patrie.

La même controverse se présente à l'égard des fils mineurs d'un étranger naturalisé français. Ces enfants, nés en pays étranger avant la naturalisation de leur père peuvent devenir Français dans les conditions de l'art. 9. A un point de vue leur situation est plus avantageuse que celle qui est faite aux enfants nés en France d'un étranger. La loi du 14 février 1882 leur permet de renoncer en état de minorité à la qualité d'étranger, lorsqu'ils veulent contracter un engagement militaire ou entrer dans les écoles du gouvernement. Sous cette réserve ces deux catégories de jeunes gens sont placés dans des conditions identiques. (V. loi du 27 juillet 1872, vue le recrutement, art. 9, § 1). Dès lors on s'explique parfaitement que le Conseil d'État ait été d'avis d'étendre aux fils de naturalisés le bénéfice de la loi du 22 mars 1849, c'est-à-dire de leur permettre de revendiquer la qualité de Français, *à toute époque*, à la condition d'avoir satisfait au recrutement ou d'avoir servi dans les armées (novembre 1888).

Divorce prononcé à l'étranger entre Français. — Effet en France.

Le tribunal civil de la Seine a décidé le 2 août 1887 [1] qu'un

[1] *Journal du Droit intern. privé*, 1888, p. 86.

Digitized by Google

jugement étranger prononçant le divorce entre Français, *pouvait* recevoir l'*exequatur* en France. C'est la première fois, à notre connaissance, qu'un tribunal reconnaît implicitement à une juridiction étrangère le droit de statuer sur les questions d'état intéressant des Français. Précédemment, le même tribunal avait refusé de rendre exécutoire un jugement mexicain prononçant la nullité d'un mariage entre Français, par cette raison que les tribunaux français sont seuls compétents pour statuer sur de semblables litiges (30 juin 1876, *Journal du droit intern. privé*, 1877, p. 146).

La décision nouvelle contrarie visiblement le système d'incompétence admis en jurisprudence dans les questions d'état intéressant les étrangers. En effet, si les Français domiciliés à l'étranger sont justiciables des tribunaux étrangers même en matière d'état, on ne s'explique pas pourquoi les tribunaux français refuseraient de connaître de semblables procès qui leur seraient déférés par des étrangers domiciliés en France. Quoi qu'il en soit, étant admis qu'un litige entre Français peut au regard de la loi française, et à la condition que cette loi ait été observée, être valablement déféré à l'examen d'une juridiction étrangère, on peut se demander si la sentence a besoin d'être rendue exécutoire en France pour y produire effet. — On sait que les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes sont dispensés de l'*exequatur*, lorsqu'ils émanent de la juridiction nationale des plaideurs. — L'affirmative paraît devoir être admise, car la dispense d'*exequatur* tient à la nature intrinsèque de pareils jugements, plutôt qu'à la qualité des parties litigantes. Ainsi, un Français divorcé à l'étranger pourrait se remarier en France, sans qu'il fût nécessaire que le jugement de divorce eût été rendu exécutoire. Logiquement il faut aller jusqu'à refuser à des tribunaux français le droit de statuer sur de semblables matières qui leur seraient déférées par des Français domiciliés à l'étranger. Du moment que l'on admet la compétence du tribunal du domicile, cette compétence est exclusive de celle des juges de la patrie. C'est ce qu'admet la jurisprudence belge. La Cour de Bruxelles s'est déclarée incompétente pour se prononcer sur une question d'état intéressant des Belges domiciliés en France (18 jan-

Digitized by Google

vier 1888, Dalloz, 1888. 2. 249) [1], mais il n'est pas probable que de longtemps encore nos tribunaux s'engagent dans cette voie, et c'est pourquoi nous craignons que la décision du tribunal de la Seine ne reste isolée; nous le répétons, elle n'est pas en harmonie avec le système qui prévaut dans la pratique. Nos juges sont imbus de cette idée, préconisée d'ailleurs par d'excellents auteurs tels qu'Asser et Brocher, que, dans les questions d'état, la compétence législative attire la compétence judiciaire. Ils s'abstiennent de connaître des affaires relatives à l'état des étrangers et renvoient les plaideurs devant leurs tribunaux nationaux. Réciproquement ils entendent se réserver la connaissance des procès de ce genre entre Français, et ne tiennent aucun compte des décisions étrangères sur ces mêmes questions.

Il est probable que le tribunal de la Seine n'a pas aperçu les conséquences logiques de son système; il a cru plus simple d'accorder l'*exequatur* à la sentence étrangère, après s'être assuré qu'elle avait été bien rendue, au lieu d'obliger les parties à former une demande nouvelle. Mais si les tribunaux se réservent le droit de réviser au fond le jugement, n'est-ce pas, en somme, refuser aux juges étrangers toute compétence? (V. *Revue critique*, 1886, p. 682).

Traité franco-suisse de 1869. — Compétence.

Le traité franco-suisse de 1869 consacre en principe, dans les articles 1 et 2, la compétence des juges naturels c'est-à-dire des juges du domicile du défendeur. Le but principal des négociateurs a été d'écarter dans les procès dirigés en France par des Français contre des Suisses, l'application de l'art. 14 du Code civil et dans les contestations entre Suisses établis en France l'exception d'extranéité. Partant de là, on serait tenté de croire que les Suisses sont, au point de vue de la compétence, assimilés aux Français; on n'a pas entendu, dirait-on, créer en leur faveur une situation plus avantageuse et les soustraire aux règles *spéciales* de compétence auxquelles les nationaux sont eux-mêmes soumis.

[1] Dans l'espèce, les plaideurs n'ont pu trouver de juges. Les tribunaux français se sont dessaisis et ont renvoyé l'affaire au *forum patriæ*. Les tribunaux belges se sont également déclarés incompétents et ont renvoyé le procès à l'examen du *forum domicilii*.

Digitized by Google

Cette manière d'interpréter la convention ne serait pas exacte. Le traité organise un système de compétence qui se suffit à lui-même et n'emprunte rien aux règles particulières édictées par la législation de l'un ou de l'autre pays. La règle « *actor sequitur forum rei* » ne peut souffrir d'autres exceptions que celles qui ont été expressément prévues; on ne peut sous prétexte d'analogie étendre ces dérogations à des hypothèses voisines. Ce système a été consacré avec beaucoup de netteté par un arrêt de la Cour de Besançon du 29 juin 1885 [1]. Cependant la jurisprudence présente encore quelques incertitudes. Ainsi, s'il a été décidé qu'un Suisse peut décliner la compétence du tribunal français devant lequel il est actionné par application de l'art. 420 du Code de procédure civile, (Trib. de Versailles, 10 février, 1882, *Journal du Droit international* privé 1883, p. 156. — Trib. de Saint-Étienne, 20 janvier 1886) par contre, la Cour de cassation, par arrêt du 25 février 1879 (Dalloz, 1880. 1. 10), a pensé que le Suisse qui a formé une société en France avec des Français peut être cité devant le tribunal français du siège de la société. On peut également se demander si le traité déroge à la disposition de l'art. 592 du Code de procédure civile qui en cas de pluralité de défendeurs permet de les assigner devant les juges du domicile de l'un d'eux. (Pour l'affirmative, Paris, 30 juin 1888, *Le Droit* du 27 octobre 1888. — Pour la négative, trib. Seine du 5 mai 1887, *Pandectes françaises*, 1888. 2. 241). Il convient à notre avis d'appliquer strictement le traité et de déférer au juge du domicile du défendeur toutes les matières litigieuses prévues dans la convention, qui n'ont pas été réservées à d'autres juridictions. Et toutefois il semble que l'on puisse apporter un tempérament à la rigueur de ce principe. Certaines actions accessoires sont attirées par l'action principale. Les différentes questions qui découlent des mêmes faits peuvent être déférées au même tribunal. Cette observation vise les demandes reconventionnelles lorsqu'elles sont intimement liées à la demande principale, et aussi l'action civile, lorsqu'elle est portée devant le tribunal de répression accessoirement à l'action publique.

[1] *Journal du Droit international privé*, 1888, p. 656.

Digitized by Google

C'est à l'aide du même procédé d'interprétation stricte qu'il faut résoudre d'autres dificultés soulevées par la convention. On s'est demandé si les questions d'état rentrent dans les matières litigieuses prévues. Deux époux suisses peuvent-ils porter une demande en divorce devant le tribunal français de leur domicile? Il paraît bien difficile de comprendre de pareils procès dans les contestations *en matière personnelle et mobilière* visées dans la convention (art. 1). Aussi est-il admis généralement que les négociateurs du traité n'ont pas entendu s'occuper des actions relatives à l'état des personnes. Si cette opinion est exacte, de semblables procès restent soumis, au point de vue de la compétence, au droit local de chaque pays. Les tribunaux français pourraient donc, conformément à une jurisprudence constante, se déclarer compétents entre époux suisses si l'exception d'incompétence n'était pas proposée *in limine litis*, comme ils pourraient retenir l'affaire si elle leur était déférée par des époux appartenant à une autre nationalité. Le tribunal de la Seine s'est cependant déclaré d'office incompétent[1] par application de l'art. 11 du traité de 1869, mais cette jurisprudence est erronée, comme il est facile de l'établir. En effet ce texte, dont le sens est d'ailleurs mal compris [2], est ainsi conçu : « Tout tribunal suisse ou français de-« vant lequel sera portée une demande qui, *d'après les articles* « *précédents*, ne serait pas de sa compétence, devra d'office, et même « en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui doivent en connaître. » Il suit de là que ce texte ne peut s'appliquer que s'il s'agit d'une matière litigieuse prévue par la convention.

La question se pose dans les mêmes termes à l'égard des questions matrimoniales. On peut hésiter sur le point de savoir si de pareilles demandes sont demeurées en dehors du traité, ou si elles rentrent dans les matières prévues. Il y a sur ce point divergence complète entre les tribunaux français et les tribunaux suisses. Le tribunal fédéral estime que ces actions ont été laissées à l'écart. Les autorités suisses ne sauraient donc refuser l'exequatur à la sentence d'une juridiction française, qui, sur le fondement

[1] 23 avril 1888, *Recueil du divorce*, 1888, p. 244.

[2] V. *Revue critique*, 1880, p. 284.

Digitized by Google

de notre jurisprudence à l'égard des étrangers, aurait retenu la connaissance de ces contestations.

Filiation. — Conflit de lois.

Les conflits de lois en matière de filiation sont difficiles à résoudre. Il est malaisé de séparer les questions qui se rapportent au fond et sont régies par le statut personnel de celles qui se réfèrent à la forme et dépendent de la règle *locus regit actum*. Pour couper court à ces difficultés on pourrait dire que la filiation dépend de la preuve et que la règle *locus*..... devant régir ici comme ailleurs les modes de preuve, il convient d'appliquer la loi du lieu où s'est produit le fait générateur de la filiation, c'est-à-dire la naissance. Mais il est impossible d'appliquer ce principe lorsque le lieu de la naissance est inconnu. Au reste, le point de vue serait inexact, la preuve de la filiation est inséparable du droit lui-même; ici la forme se confond avec le fond, et doit dépendre du statut personnel. Ce statut est déterminé par la loi qui au moment de la naissance de l'enfant régit l'auteur prétendu. En effet, d'une part, c'est à cette époque que se produit le fait générateur, dont on veut établir la preuve, et qui est le point de départ des droits qu'il s'agit de consacrer; et d'autre part le droit doit être régi par le statut du prétendu père, car l'enfant veut participer à l'état de ce dernier, il doit donc observer les prescriptions du statut qu'il prétend être le sien, de même que le défendeur doit accepter l'enfant que son statut lui assigne. Il ne faut pas cependant étendre démesurément l'empire du statut personnel en matière de filiation. Le statut des formes a bien aussi sa part d'influence. On ne voit pas pourquoi, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel ne pourrait pas être constatée par acte sous seings-privés si la loi locale autorise cette forme de procéder. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que l'acte de reconnaissance est un acte de l'état civil, or, l'art. 47 du Code civil admet la validité de ces actes lorsqu'ils sont passés suivant les formes locales (*contra*, trib. Bordeaux, 26 février 1886). Mais l'enfant pourrait-il se fonder sur la possession d'état, pour réclamer en France, sa qualité d'enfant naturel à l'encontre d'un Français? non assurément parce que ce n'est pas une pure

Digitized by Google

question de forme qui est en jeu. Le statut personnel détermine l'admissibilité de tels ou tels moyens de preuve, or, la loi française ne reconnaît pas la possibilité de prouver la filiation naturelle par la possession d'état. La prétention de l'enfant ne serait donc pas recevable, alors même que la loi du pays de sa naissance autoriserait cette preuve. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de Pau, par jugement dn 13 mai 1888 [1].

Sucession mobilière. — Conflit de lois. — Loi du 14 juillet 1819.— Traité franco-suisse de 1869.

Un Suisse établi en France est mort laissant des biens en France et en Suisse. Par testament oligraphe il institua des Français ses légataires universels. Ses frères et sœurs étrangers comme lui demandèrent à faire valoir sur les meubles situés en France les droits réservataires que leur confère la loi du canton des Grisons, pays d'origine du *de cujus*. Fallait-il faire droit à leur prétention? La Cour de Poitiers ne l'a pas pensé, et elle a décidé que les légataires français étaient en droit d'appréhender la totalité des valeurs mobilières laissées en France par le défunt [2]. A quelque point de vue que l'on se place, cette décision nous paraît critiquable. Faisons d'abord abstraction de la loi de 1819 et du traité franco-suisse de 1869. Nous rencontrons d'abord ce premier motif : « Attendu que la qualité du testateur ne saurait modifier en rien la portée compréhensive d'une libéralité faite à un Français et s'appliquant à des biens meubles situés en France, » Qu'est-ce à dire? La Cour entend-elle affirmer que la régularité et la validité du testament ne pouvant être contestées au regard de la loi française, les légataires français sont fondés par cela seul à en réclamer le bénéfice? C'est là une proposition bien absolue. Ne faudrait-il pas tenir compte de la loi nationale du testateur pour apprécier, par exemple, si le testament a été fait en état de capacité? Avec la formule de la Cour, le statut personnel ne produit plus son effet normal, il est même écarté et c'est le statut réel qui est applicable; mais alors peu importe la nationalité des parties en cause, et dans notre espèce il serait

[1] *Le Droit* du 7 octobre 1888.
[2] 14 juillet 1887 *Sirey*, 1888. 2.

Digitized by Google

logique d'écarter la loi suisse, quand bien même les légataires universels seraient des étrangers. Nous comprenons, dans le système de la jurisprudence, que la quotité des biens dont l'étranger peut disposer soit réglée, en ce qui concerne les immeubles situés en France, uniquement par la loi française, mais pour les meubles il n'en saurait être ainsi parce qu'on reconnait qu'ils doivent être dévolus conformément à la loi du domicile du *de cujus;* or la fixation du disponible dépend de la loi qui gouverne la succession. C'est donc à tort que la Cour a déclaré la loi française seule applicable à l'exclusion de la loi des Grisons.

Les légataires français ne pouvaient-ils pas tout au moins obtenir la totalité des meubles français en invoquant le prélèvement compensateur qu'autorise l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819? C'est ce qu'avait pensé le tribunal de Niort. Dans l'espèce ce moyen conduirait au même résultat que le précédent, savoir: l'attribution de tous les meubles aux légataires; mais il en serait tout autrement si le testament n'eût assuré aux légataires qu'une fraction des biens situés en France, la moitié ou le tiers par exemple. On pourrait raisonner ainsi : ne résulte-t-il pas sinon dés termes du moins de l'esprit de la loi de 1819 que toutes les fois que parmi les ayant-droit à une succession *ab intestat* ou testamentaire, se trouvent des Français et des étrangers, les meubles comme les immeubles sont régis par la loi française en sorte que la règle *mobilia personam sequuntur* se trouve sans application. La loi suisse doit être ecartée dans l'espèce, autrement les intéressés français souffriraient de l'application d'une loi étrangère qui donne au *de cujus* un droit de disposition moins large que la loi française. La question est bien délicate. A notre avis, il ne faut pas donner une portée exagérée à l'art. 2 de la loi de 1819. Il est excessif de soutenir que la loi française doit être observée par cela seul que des Français trouvent un avantage a son application. Le législateur a relevé les Français appelés à une hérédité en concours avec des étrangers, de l'incapacité, quelle qu'elle soit, qui serait édictée contre eux par la loi étrangère, mais non point des conséquences de la nullité ou de l'inefficacité d'un acte émané du défunt, acte qui est régi par la loi étrangère et duquel précisément l'ayant-droit déduit sa vocation

Digitized by Google

successorale. En un mot, le prélèvement ne peut s'exercer lorsque le seul titre qu'invoque le Français est une donation ou un testament. (Demolombe, t. 13, n° 200, *in fine;* Aubry et Rau, t. 6, p. 279, note 13; Weiss, p. 409; Labbé, en note sous Cassat., 1882. 1. 145, Cassat., 27 août, 1850, Sirey, 1850. 1. 647. Paris, 6 janvier 1862, Sirey, 62. 2. 337 et 7 janvier 1870, Sirey, 1870. 2. 97).

Reste un dernier point. Le traité de 1869 a-t-il abrogé, dans nos rapports avec la Suisse, l'art. 2 de la loi de 1819? Il ressort des termes du protocole annexé au texte de la convention que les négociateurs n'ont pas entendu innover à cet égard; donc, en principe, le droit de prélèvement peut être exercé par les cohéritiers français à l'encontre de leurs cohéritiers suisses. Et toutefois nous croyons qu'il résulte de l'art. 5 du traité que la loi de 1819 n'est pas applicable en ce qui concerne la partie mobilière de la succession. En effet, ce texte attribue compétence aux tribunaux de la patrie du défunt pour le règlement des droits successoraux mobiliers, et il a été entendu que la compétence judiciaire devait attirer la compétence législative, c'est-à-dire que le juge saisi devait appliquer sa propre loi. Si donc les tribunaux français avaient appliqué rigoureusement l'art. 5 de la convention, ils auraient dû se déclarer incompétents et renvoyer l'affaire à l'examen des juges du lieu d'origine du *de cujus*. Loin de là, la Cour a pensé que lorsque les successibles français exercent le prélèvement, les dispositions du traité se trouvent écartées tant en ce qui concerne la question de compétence que relativement à la loi applicable à la dévolution de l'hérédité.

Par arrêt rendu le même jour et dans la même affaire, la Cour a refusé de rendre exécutoire la décision d'une juridiction suisse qui avait reconnu l'existence d'une réserve héréditaire au profit des frères et sœurs du *de cujus*. « Attendu, porte l'arrêt, que tout ce qui touche aux successions est d'ordre public au premier chef et que le principe de la liberté testamentaire posé dans l'art. 916 du Code civil ne peut être atteint sur le territoire français par l'application d'une loi étrangère qui y serait contraire. » Nous ne croyons pas devoir insister. Notre esprit se refuse à concevoir que l'ordre public puisse être atteint parce qu'un parent du défunt aura, sur des biens situés en France, des

Digitized by Google

droits réservataires que lui refuserait notre loi, ou parce qu'il n'aura pas la réserve que la loi française assure à des parents du même degré.

Complicité par recel.

Les infractions autres que celles prévues à l'art. 7 du Code d'instr. crim. ne peuvent être poursuivies et jugées en France, lorsqu'elles ont été commises à l'étranger, que si les coupables sont de nationalité française. Si les auteurs sont étrangers, l'incompétence de nos tribunaux est absolue. Elle ne peut être couverte par le consentement de l'inculpé ou de la puissance sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise: Le coupable se trouve-t-il en France, le gouvernement ne peut que l'extrader si l'extradition est demandée, ou l'expulser par mesure administrative.

Le recéleur, français ou étranger peu importe, d'objets volés à l'étranger, par un étranger ou par un individu dont la nationalité est restée inconnue, participe de l'impunité dont bénéficie l'auteur du fait principal. En l'état de notre législation le recel n'a pas d'existence propre et indépendante ; c'est un fait de complicité, de participation accessoire. Par suite le fait accessoire ne peut être constaté en France. Cette solution ne peut être sérieusement contestée et la Cour de cassation l'a confirmée à nouveau par arrêt du 19 avril 1888[1]. Bien entendu il en serait tout autrement, s'il était relevé à la charge du prévenu un fait d'escroquerie, par exemple, fait absolument distinct du recel et dont la criminalité ne serait pas subordonnée à l'existence du crime de vol antérieurement commis. (Cass., 8 novembre 1888, *Gazette du Palais*, 1888, p. 606).

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 14 février 1878 (*Pasicrisie*, 1879. 2. 76), avait admis au contraire que l'incompétence à l'égard du fait principal n'implique pas l'incompétence quant au recel; la Cour se basait sur une prétendue analogie tirée des règles du faux et de l'usage de faux ; mais l'analogie n'existe pas et la Cour de cassation a décidé que si le faux commis à l'étranger par un étranger n'est pas de la compétence des tribunaux

[1] *Dalloz*, 1888. 1. 285.

Digitized by Google

français, il en est autrement de l'usage en France des pièces fausses. Ce fait constitue un crime indépendant du faux lui-même. Le faux et l'usage de faux forment chacun un délit complet soumis, par exemple, à une prescription distincte (24 février 1883) [1].

Renversons l'hypothèse. Un Français commet un vol à l'étranger, il vient en France nanti des objets volés et les remet à un étranger en convenant de partager avec lui les bénéfices du vol. Ce recéleur sera-t-il punissable? L'affirmative semble découler de ce qui précède : compétent pour statuer sur le fait principal, le tribunal doit être également compétent au sujet des faits accessoires de complicité. Cependant l'action publique ne pourra pas être exercée contre le recéleur étranger, parce que nos lois ne permettent de poursuivre un étranger qu'à raison d'un crime commis en France. Mais à l'inverse rien ne ferait obstacle aux poursuites si le crime ayant été commis en France, les faits de recel imputables à un étranger, avaient eu lieu à l'étranger, car tous les faits de participation forment un tout indivisible, constituent une seule infraction, et cette infraction a été commise sur notre territoire.

Extradition. — Arrestation et emprisonnement à l'étranger.

La prescription de la peine est interrompue par la mise à exécution de la condamnation. On admet que l'arrestation produit cet effet interruptif alors même que le condamné n'aurait pas encore été conduit dans la maison de détention où il doit subir sa peine. La Cour de cassation a décidé le 7 août 1888 [2] que l'arrestation en pays étranger, opérée à la suite d'une demande d'extradition, rendait impossible la prescription de la peine; quoique la remise du condamné aux autorités françaises eût été effectuée tardivement, c'est-à-dire après l'expiration du délai de prescription. L'État requis, en procédant à l'arrestation en conformité de la demande qui lui a été adressée, est investi par l'État requérant d'un mandat à l'effet de concourir comme auxiliaire à l'exécution des arrêts de justice. Par suite du traité

[1] V. *Revue critique*, 1884, p. 709.

[2] *Gazette des tribunaux*, 10 août 1888.

Digitized by Google

d'extradition, l'arrestation en pays étranger constitue un acte d'exécution de la sentence, comme si cette arrestation se fût produite en France.

Cette solution peut difficilement se concilier avec la doctrine qui ressort d'un arrêt de la Cour de Paris du 28 juin 1883 (Sirey, 1883. 2. 177) [1]. Cette Cour a décidé qu'il n'y avait pas à tenir compte en faveur d'un condamné, arrêté et écroué à l'étranger en vertu d'un traité d'extradition, du temps passé dans les prisons étrangères; la peine de l'emprisonnement ne pouvant être subie que dans une prison française (art. 40 du Code pénal). Ce système est bien rigoureux. En tous cas, il faut choisir. Si l'arrestation interrompt la prescription, parce que c'est un acte d'exécution, la détention doit avoir *a fortiori* le même caractère, et par suite aussi diminuer la durée de la détention dans les prisons françaises.

Faillite déclarée à l'étranger et en France.

Il est constant en jurisprudence que la mise en faillite d'un commerçant à l'étranger ne fait pas obstacle à une nouvelle déclaration de faillite en France, tant que le jugement étranger n'a pas été déclaré exécutoire. Si donc une maison commerciale a deux établissements l'un en France, l'autre à l'étranger, les deux faillites seront indépendantes l'une de l'autre; elles auront chacune leur masse particulière, leur actif et leur passif propres; elles auront leurs syndics distincts. La séparation des deux faillites doit logiquement amener ce résultat, que si une personne est créancière de la faillite française à raison d'un contrat passé avec l'établissement français, tandis qu'elle est débitrice de la faillite étrangère, elle ne pourra pour se soustraire aux poursuites du syndic étranger, invoquer la compensation à raison de sa créance contre la masse française. La Cour de Nancy a admis cette thèse par arrêt du 12 juillet 1887 [2]. On peut cependant soulever une objection. Nous voulons admettre (Voy. cept. *Revue critique*, 1886, p. 686) qu'un syndic étranger peut poursuivre devant un tribunal français le recouvrement de sommes

[1] V. *Revue critique*, p. 1884 714.
[2] *Dalloz*, 1888. 2. 289.

Digitized by Google

dues à la faillite étrangère, alors même que le jugement en vertu duquel il agit, n'aurait pas été rendu exécutoire en France, mais c'est à la condition que cette poursuite ne causera aucun préjudice à la masse française. Du jour où un nouveau jugement déclaratif de faillite est intervenu en France, le mandat du syndic étranger cesse de pouvoir être exercé au détriment de la faillite prononcée par nos tribunaux. Or, dans notre hypothèse, si la compensation était admise le créancier ne viendrait pas à la faillite française. Le syndic de cette dernière, aurait donc intérêt à écarter la poursuite du syndic étranger. Ne pourrait-il pas soutenir que cette action tendrait indirectement à détourner au profit de la masse étrangère des valeurs qui font partie de l'actif de la faillite française?

La Cour de Nancy a déduit une autre conséquence de la multiplicité des faillites; elle a décidé que l'action du syndic étranger ne devait pas être intentée devant le tribunal qui a prononcé la faillite en France, mais bien devant le tribunal du domicile du débiteur.

Echelles du Levant. — Fiction d'exterritorialité.

Les étrangers jouissent en Turquie de privilèges importants, notamment ils conservent, aux termes des capitulations, le bénéfice de leurs lois personnelles et de leur juridiction nationale. Pour expliquer cette situation anormale, on a eu recours à une fiction d'exterritorialité analogue à celle que le droit des gens applique aux agents diplomatiques. Les Français en Orient seraient réputés habiter le territoire de la France. C'est là une proposition qui ne doit pas être poussée dans ses conséquences extrêmes. Outre que cette fiction est contraire à la réalité des faits, on s'exposerait souvent à méconnaître l'intérêt de nos nationaux si on voulait leur appliquer sans distinction et dans tous les cas la loi française. En matière civile, la jurisprudence n'a jamais donné une telle portée à la fiction d'exterritorialité. Ainsi il a été jugé fréquemment que la règle *locus regit actum* reste en vigueur quant aux actes passés par des Français dans les Échelles du Levant, et par exemple que l'endossement d'une lettre de change est valablement fait dans la forme locale, et encore qu'un contrat de

Digitized by Google

mariage peut être rédigé sous seings privés. Les tribunaux vont même plus loin : ils reconnaissent la validité de conventions contenant des stipulations contraires à la loi française, mais valables suivant les usages du pays. (Cass. 10 juin 1859).

V. encore quant au régime matrimonial. Aix 22 février 1883 *Journal du Droit int. privé*, 1883, p. 171).

En matière pénale, la fiction doit être tenue pour vraie. L'article 75, § 1, de la loi de 1836, qui dispose que les infractions commises par les Français en Orient seront punies des peines portées par les lois françaises, doit être entendu en ce sens que pour les faits délictueux, les Français sont censés en France. Les infractions commises par eux doivent être qualifiées comme elles le seraient si elles étaient commises sur notre territoire (Cass. 5 juin 1884 Sirey 1885. 1. 517).

La Conr d'Aix a fait une remarquble application de l'art. 75 en décidant que les tribunaux français sont compétents pour juger un Français accusé d'avoir fabriqué au Caire des monnaies égyptiennes. (Arrêt du 17 novembre 1883, *Journal du Droit int. privé* 1884 p. 287) [1]. Si la fiction d'exterritorialité n'avait pas été appliquée, le coupable aurait été assuré de l'impunité, car d'une part les autorités locales n'avaient pas compétence pour le juger, et d'autre part nos tribunaux auraient été désarmés, puisque l'art. 133 du Code pénal ne punit la contrefaçon de monnaies étrangères que lorsqu'elle a eu lieu *en France*.

Si l'on veut tirer toutes les conséquences logiques de la fiction, il faut décider que si un Français s'étant rendu coupable d'un crime dans les Echelles, se réfugiait dans un autre pays, notre gouvernement pourrait requérir son extradition. Par suite de la même idée, on devrait donner compétence au tribunal consulaire pour statuer sur les délits commis en France, par un Français réfugié en Orient, et cela par application de l'art. 23 du Code d'instruction criminelle qui attribue compétence au tribunal du lieu où le prévenu est arrêté ; mais en général on n'applique pas ce texte dans les Echelles du Levant. Tout au moins le consul doit avoir le droit de procéder à l'arrestation du prévenu, et de le faire conduire en France. On ne concevrait pas

[1] V. *Revue critique*, 1884, p. 719.

Digitized by Google

qu'ayant le droit de poursuivre les actes délictueux commis sur le territoire ottoman, il n'eût aucun pouvoir d'action à l'égard des crimes et délits commis en France. Décider autrement, serait assurer l'impunité du coupable, puisque les Français en Orient se trouvent complétement soustraits à l'action des autorités locales. La jurisprudence est dans ce sens (Cass. 1er décembre 1888 [1]), mais elle appuie principalement sa solution sur l'art. 82 de l'édit de 1778 qui donne aux consuls le droit de faire arrêter et envoyer en France tout sujet français qui par sa mauvaise conduite ou ses intrigues pourrait être nuisible au bien général. Il nous paraît qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer ce pouvoir exorbitant conféré à nos consuls pour justifier le droit qui leur est reconnu d'assurer l'exécution des mandats et ordonnances de justice décernés contre des Français poursuivis ou mis au jugement en France. Ces pouvoirs devraient leur être maintenus quand bien même le droit d'expulsion leur serait retiré. Les faits prévus à l'art. 82 de l'édit de 1778 ne tombant pas sous le coup de la loi pénale, on peut s'alarmer des pouvoirs discrétionnaires attribués aux consuls, mais dans l'espèce aucun danger ne serait à craindre, car ces agents ne pourraient procéder qu'en exécution d'un mandat émané des autorités françaises.

C'est sans doute en développant outre mesure les conséquences de la fiction d'exterritorialité que la Cour d'Aix a été conduite à décider par arrêt du 21 avril 1887 [2] que les lois françaises sont obligatoires dans les Echelles, par application du décret des 5-10 novembre 1870, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient est parvenu au chef-lieu de l'arrondissement consulaire. Mais il paraît bien difficile d'étendre en dehors du territoire français la présomption légale du décret. Nous pensons que les Français à l'étranger sont recevables à prouver qu'ils ne connaissaient pas la loi nouvelle publiée en France. Il y a là une question de fait qui doit être tranchée souverainement par les juges d'après les circonstances particulières à chaque espèce. Autrefois, les lois et ordonnances étaient transmises aux consuls des Echelles du Levant ; elles étaient publiées dans les assemblées

[1] *Dalloz*, 1888. 1. 89.

[2] *Journal du Droit intern. privé*, 1888.

Digitized by Google

de la nation, puis enregistrées en chancellerie. (Ord. du 3 mars 1781, tit. I, art. 9).

Société étrangère. — Clause compromissoire. — Faillite. — Interprétation du concordat.

La clause des statuts d'une société étrangères qui attribue compétence au tribunal du siège social est opposable aux actionnaires français. (V. notamment, trib. com. Seine, 28 avril 1884, *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 520). En est-il de même de la stipulation qui déférerait les contestations qui pourraient s'élever entre les actionnaires et la société à des arbitres à nommer par la suite et devant procéder suivant les formes de la loi étrangère? Cette clause compromissoire n'est-elle pas nulle par application de l'art. 1006 du Code de procédure civile? Certains tribunaux ont appliqué ce texte sans distinguer si la souscription avait eu lieu en France ou à l'étranger. La Cour d'Aix par arrêt du 19 décembre 1885 a même invalidé, comme ayant le caractère d'une clause compromissoire, une stipulation attribuant compétence pour les contestations futures se rattachant à un contrat de transport maritime, à un tribunal étranger qui n'était pas déterminé au moment de la convention; mais cet arrêt a été justement cassé le 29 février 1888 (Dalloz, 1888. 1. 483)[1].

La doctrine rigoureuse qui annule dans tous les cas la clause compromissoire, ne doit pas être acceptée, elle n'est pas conforme aux principes qui régissent la matière des contrats. On présume qu'une convention est régie par la loi du lieu où les parties contractent, parce que les parties ont dû vraisemblablement se soumettre à cette loi. Cette présomption n'est pas absolue, et il peut résulter des circonstances que les parties ont voulu se soumettre à une autre loi. Lorsqu'un Français souscrit en France des actions à une société étrangère, on doit facilement présumer qu'il a, en adhérant pleinement aux statuts sociaux, accepté toutes les clauses qu'ils contiennent. La Cour de Paris par arrêt du 9 mars 1887[2] a validé la clause compromissoire,

[1] *Revue critique*, 1886, p. 343 et 676.

[2] *Dalloz* 1888. 2. 49.

Digitized by Google

sans s'attacher à ces distinctions. Sa doctrine est trop absolue et comporte des réserves.

Par contre, la Cour a déclaré que la clause attribuant compétence à des juges étrangers ou à des arbitres étrangers, n'était pas opposable à des obligataires français, car les créanciers ne peuvent être considérés comme ayant adhéré aux statuts. La jurisprudence est en ce sens. (V. Paris 1869, Sirey, 1869. 2. 111). Dans l'espèce de l'arrêt, la société étrangère étant tombée en faillite, avait obtenu un concordat homologué par la justice étrangère, et rendu exécutoire en France. Une difficulté se produisit touchant l'interprétation et l'exécution de ce concordat. La Cour se déclara incompétente par ce motif qu'il ne saurait appartenir qu'au tribunal étranger qui a homologué le concordat d'interpréter cet acte. Le bien fondé de cette solution soulève quelques doutes. Il est raisonnable assurément d'attribuer compétence pour l'interprétation du concordat à la juridiction étrangère qui, en homologuant cet acte, en a sanctionné les dispositions. Le tribunal étranger est mieux en situation qu'aucun autre de trancher les difficultés que soulève l'exécution du concordat; mais ces considérations ne sauraient prévaloir contre le texte de l'article 14 du Code civil. Le créancier, en prenant part au concordat, renonce au droit d'en demander la nullité; s'il n'y a pas figuré, et que le jugement étranger ait été rendu exécutoire, le même résultat est acquis; mais de ce que le concordat est inattaquable, il ne s'ensuit nullement que l'obligataire français ait renoncé au droit de soumettre à un tribunal français, conformément à l'art. 14, les difficultés que son interprétation ou son exécution pourraient soulever. (V. *Annales du droit commercial*, 1886-7, p. 141).

Navires de commerce étranger. — Assignation à bord.

A la différence des navires de guerre, les bâtiments de commerce ne jouissent du bénéfice de l'exterritorialité qu'en pleine mer. Lorsqu'ils se trouvent dans un port étranger, ils sont en principe soumis à l'action de la souveraineté locale. On admet toutefois une restriction à ce principe en ce qui touche les actes qui n'affectent en rien la souveraineté de l'État étranger. Ainsi

Digitized by Google

les actes de l'état civil, lorsqu'ils ne concernent que l'équipage ou les passagers, restent régis par les lois du pays dont le navire porte le pavillon. L'avis du Conseil d'État du 20 novembre 1806 contient une autre application de cette idée aux crimes et délits commis à bord. Sous le bénéfice de ces réserves, les navires de commerce étrangers qui se trouvent dans un port français sont soumis à la législation et à la juridiction françaises. C'est donc très exactement que le tribunal de commerce d'Alger[1] a décidé qu'un huissier pouvait signifier un exploit à bord d'un navire étranger (art. 419, Code de proc. civ.); c'est à tort que l'on soutenait que l'assignation aurait dû être faite dans les termes de l'art. 69, § 9, du Code de proc. civ. c'est-à-dire par l'entremise du parquet et de l'autorité consulaire. Il faudrait décider de même qu'un notaire pourrait valablement recevoir un acte, un testament, par exemple, à bord d'un navire étranger en observant la loi française.

Dans l'espèce on soulevait une difficulté basée sur l'art. 12 de la convention consulaire franco-italienne ainsi conçu : « Il est convenu que les fonctionnaires de l'ordre judiciaire et les officiers et agents de la douane ne pourront, en aucun cas, opérer ni visites, ni recherches à bord des navires, sans être accompagnés par le consul ou le vice-consul de la nation à laquelle ces navires appartiennent. » Le tribunal n'a pas eu de peine à établir que ces formalités ne sauraient s'appliquer à la remise d'une assignation.

Si le navire eût été un bâtiment postal subventionné par l'État italien, il est permis de penser que le traité franco-italien du 18 novembre 1875 eût fait obstacle à la validité de l'assignation. Ce traité porte en effet que les paquebots postaux sont considérés et reçus comme des navires de guerre, et qu'ils jouissent des mêmes honneurs et privilèges. A. CHAUSSE.

(1) 3 Décembre 1887. Journal du droit inter. privé 1888 p. 393.

Digitized by Google

EXPLICATION DE LA LOI DU 28 MARS 1885 SUR LES MARCHÉS A TERME,

(*suite* [1]).

Par M. P. Lacoste, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

II.

La légalité des opérations à terme sur les valeurs mobilières et sur les marchandises est aujourd'hui incontestable; mais nous avons vu que la jurisprudence qui, somme toute, l'admettait déjà, ajoutait une réserve pour le cas où l'opération constituait un pari : la loi de 1885 n'a-t-elle fait que consacrer le principe de la légalité dans la mesure où l'admettait la jurisprudence? Ou bien a-t-elle attribué au principe une portée que ne lui accordait pas la pratique, et quel est le degré d'extension qu'elle lui a donné? Il y a controverse sur ces deux points. (V. en sens divers MM. Badon-Pascal, article dans le journal *la Loi* des 20-21 avril 1885; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, p. 525; Berthélemy, *Annales de droit commercial*, 1887, p. 295: Coulon, *Commentaire de la loi sur les marchés à terme;* Labbé, note sous Cass., Sir., 1885. 1. 243 et 244, note sous divers arrêts de Cours d'appel, Sir., 1886. 2. 5; Laurin, *Précis de droit commercial*, p. 81; Lyon-Caen, article dans le journal *la Loi* du 4 mars 1885; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, p. 1040; Rendu, *France judiciaire*, 1884-1885, 1, p. 204; Sarrut, article dans le journal *la Loi* du 24 avril 1885. V. aussi les *Lois nouvelles*, 1886, 1re part., p. 58, et 3e part., p. 20; Dijon, 24 avril 1885, Paris, 25 avril 1885, Montpellier, 7 mai 1885, Lyon, 4 juin 1885, Paris, 6 juin et 19 juin 1885, Toulouse, 2 juillet 1885, Nancy, 25 juillet 1885, Sir, 86. 2. 1; Bordeaux, 23 décembre 1885, journ. *la Loi* du 16 mai 1886; trib. civ. Seine, 29 décembre 1885, journ. *la Loi* du 18 février 1886; Cass., 18 avril 1887, Sir. 87. 1. 157).

Je crois que le système de la loi se résume dans les deux propositions suivantes :

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, nouvelle série, tome XVIII, page 194.

Digitized by Google

1° L'exception de jeu n'est pas recevable dès lors que les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer ont été réellement contractées; peu importe que l'une des parties, ou même chacune d'elles, ait eu l'intention de réaliser l'opération par le paiement d'une simple différence.

2° Si les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer n'ont pas été réellement contractées, s'il a été convenu *ab initio* que l'opération se résoudrait par le paiement d'une simple différence, l'exception de jeu peut être admise alors même que cette convention aurait été déguisée sous les formules ordinaires d'un marché à terme ou à livrer. Mais le juge n'est pas obligé de l'admettre; il appréciera s'il y a dans l'espèce une transaction sérieuse ou une simple opération de jeu.

Reprenons successivement ces deux propositions :

Première proposition. — *L'exception de jeu n'est pas recevable dès lors que les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer ont été réellement contractées; peu importe que l'une des parties, ou même chacune d'elles, ait eu l'intention de réaliser l'opération par le paiement d'une simple différence.*

D'après la jurisprudence qui a précédé la loi de 1885, lorsqu'un agent de change, après une négociation d'effets publics, réclamait à son client le remboursement de ses avances, le client pouvait opposer l'exception de jeu par cela seul qu'en donnant l'ordre de vendre ou d'acheter il avait eu l'intention de réaliser l'opération par le paiement d'une simple différence, et que cette intention était connue de l'agent de change (Paris, 13 mai 1873, Sir. 73. 2. 102 et 24 avril 1877, Sir. 78. 1. 269; Cass. 30 janvier 1878, Sir. 78. 1. 269 et 27 février 1878, Sir. 79. 1. 444). Peu importait que les obligations dont se compose un marché à terme eussent été réellement contractées.

Et en fait ces obligations sont toujours contractées dans les négociations faites par les agents de change. L'un des agents de change promet de livrer les effets à l'échéance, et même plus tôt à la volonté de l'acheteur, et l'autre promet d'en payer le prix. Et ce ne sont pas là des promesses fictives; on entend avoir le droit d'en exiger l'exécution. Il se peut bien que chacune

Digitized by Google

des personnes pour lesquelles contractent les deux agents de change ait l'intention de réaliser l'opération par le paiement d'une simple différence, mais ces personnes, inconnues l'une à l'autre, ne concluent pas elles-mêmes le marché, et les agents de change qui leur servent d'intermédiaires stipulent véritablement les obligations constitutives d'un marché à terme.

En fait, par conséquent, le client qui a l'intention de se borner au paiement d'une différence, et qui ne cache pas cette intention à l'agent de change, ne donne pas pour cela à ce dernier l'ordre de conclure un marché fictif; l'agent de change a mandat de conclure un marché véritable. Seulement le client compte liquider cette première opération au moyen d'une seconde qui lui permettra de se libérer aussi commodément que si le premier marché avait été fictif. A-t-il, par exemple, donné l'ordre d'acheter, il donnera plus tard l'ordre de revendre, livrables à la même échéance, les effets achetés, qui seront ainsi payés avec le prix de la revente : il n'aura qu'à compléter la somme si le prix de la revente est insuffisant, ou réalisera un bénéfice si le prix de la revente est supérieur au prix d'achat. A-t-il, au contraire, donné l'ordre de vendre, il donnera plus tard l'ordre d'acheter, livrables à la même échéance, les effets qui lui permettront de s'acquitter envers son propre acheteur, et n'aura qu'à débourser en cas de non réussite la différence entre le prix de vente et le prix d'achat, ou bénéficiera de cette différence si la spéculation a tourné à son profit. Supposons même que la personne avec laquelle est faite la seconde opération ait aussi l'intention de se borner au paiement d'une simple différence, le marché conclu n'en est pas moins un marché véritable; et, au bout de la série des opérations, il y aura toujours à un moment donné, au profit d'une personne ou d'une autre, si une convention contraire n'intervient lors du règlement, livraison effective des titres et paiement effectif de leur prix.

En définitive, ni entre les deux agents de change, ni entre leurs clients, ni entre chaque agent de change et son client, on ne trouve *ab initio* une convention en vertu de laquelle l'opération doive se résoudre par le paiement d'une simple différence.

Digitized by Google

Il faut ajouter que jamais un agent de change ne remplit envers son client l'office de contre-parieur; il ne joue pas à la hausse ou à la baisse avec lui; il est toujours à son égard un simple intermédiaire qui exécute ses ordres.

Ainsi donc l'agent de change ne fait aucune opération avec le client lui-même, et d'un autre côté il n'accepte d'ordres de lui que pour la conclusion de marchés véritables [1].

Cependant que suppose l'art. 1965 du Code civil quand il refuse action pour le paiement d'un pari? Il suppose que deux personnes, différant d'opinion sur un point quelconque, conviennent que celle dont l'avis sera reconnu contraire aux faits paiera à l'autre une certaine somme ou lui donnera une chose déterminée (Paul Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 598). Voilà le pari tel que le Code le comprend : c'est là le sens courant du mot, et les travaux préparatoires montrent que c'est celui auquel songeaient les rédacteurs du Code. Appliquons cette définition aux négociations faites par les agents de change : il y aurait pari si un agent de change, sur l'ordre de son client, convenait simplement avec son confrère qu'une certaine somme serait payée à l'un ou à l'autre des contractants selon qu'on verrait se produire une hausse ou une baisse de telle valeur. Il y aurait également pari si le client d'un agent de change ne lui donnait d'ordre pour la conclusion d'aucune opération, et convenait simplement avec lui que, selon le cours de telle valeur à une époque fixée, il recevrait de lui ou lui paierait une certaine somme. Dès lors, au contraire, qu'il y a une vente effective de valeurs, l'opération peut se trouver plus ou moins chanceuse pour le vendeur et pour l'acheteur, mais ce n'est pas un pari. Le pari, tel que le Code civil le conçoit, exclut l'idée d'une convention contenant réellement l'obligation de livrer les effets et celle d'en payer le prix; il se borne à l'engagement de payer la différence entre les cours d'une valeur dont la vente est une pure fiction. Dès lors comment s'expliquer que dans la pratique on permît d'opposer l'exception de jeu à l'agent de change bien que celui-ci eût fait un

[1] V. MM. Badon-Pascal, *Des marchés à terme*, p. 10; Labbé, note sous Cass., Sir. 1885. 1. 243; et Leveillé, *Revue pratique*, t. 25, p. 124. V. aussi Frémery, *Etudes de droit commercial*, p. 506.

Digitized by Google

marché véritable, bien qu'il eût réellement contracté l'obligation de livrer les effets ou d'en payer le prix?

Cette jurisprudence avait pu se former sous l'influence de plusieurs considérations.

D'abord l'expression *jeux de Bourse* a dans la langue usuelle un sens très étendu et assez peu défini; les tribunaux pouvaient se croire autorisés par là à voir en matière de Bourse une opération de jeu, un pari, là où l'opération de jeu, le pari, n'eût pas existé en matière ordinaire.

En outre, exiger, pour que l'exception de jeu fût recevable, une convention par laquelle il aurait été stipulé au moment même du marché qu'il n'y aurait ni obligation de livrer les titres, ni obligation de payer le prix, c'eût été déclarer que les opérations faites par le ministère des agents de change ne constituaient jamais des paris, puisque cette convention ne s'y rencontre jamais ; et cependant l'art. 421 du Code pénal punissait les paris sur la hausse et la baisse des effets publics; or, cet article avait principalement en vue, on ne pouvait le nier, les opérations faites par le ministère des agents de change; donc, à moins de supposer, comme le faisaient quelques auteurs, que l'article, en ce qui concerne ces opérations, avait édicté une peine pour un délit imaginaire, on était conduit à décider que le pari dans les opérations à terme portant sur des effets publics n'était pas nécessairement le pari qui se présente dans les relations habituelles de la vie.

Et cette manière de voir était confirmée par l'art. 422 du même Code. Aux termes de cet article la vente d'effets publics était réputée un pari lorsqu'il était prouvé que les titres ne devaient pas être à la disposition du vendeur même au temps de la livraison. Ainsi il pouvait y avoir pari d'après le Code pénal alors même que l'engagement de livrer les effets et celui de payer le prix auraient été réellement contractés. Pour qu'une personne encourût la peine de l'art. 421, il suffisait qu'au moment où elle donnait l'ordre à l'agent de change de conclure la vente, elle eût l'intention de liquider l'opération sans avoir besoin, en fait, de livrer les titres [1]. Comment échapperait-elle à la nécessité

[1] Un arrêt de la Cour de Paris, du 9 juin 1836 (V. MM. Badon-Pascal,

Digitized by Google

de la livraison? Par des combinaisons personnelles, par des combinaisons auxquelles l'acheteur resterait complétement étranger; n'importe; elle n'en avait pas moins fait un pari. La notion du pari déduite de l'art. 422 du Code pénal était donc plus étendue que la notion contenue dans l'art. 1965 du Code civil; et comme l'agent de change qui avait exécuté l'ordre du vendeur ne pouvait pas puiser un recours contre lui dans une convention réprouvée par la loi pénale, l'art. 422 du Code pénal devait faire refuser l'action en justice à l'agent de change, alors même que le droit commun la lui eût accordée.

Et ce n'était pas seulement en ce qui concerne le vendeur que la notion du pari était plus large dans le Code pénal, c'était aussi en ce qui concerne l'acheteur. On soutenait bien, il est vrai, que le Code pénal ne punissait que la vente et ne frappait pas l'achat; mais la Cour de cassation, s'appuyant sur les termes généraux de l'art. 421, soumettait l'acheteur à la même peine que le vendeur; selon elle, l'art. 422 n'avait rien de limitatif : il fallait considérer aussi comme pari puni par la loi l'achat d'effets publics lorsque la personne qui donnait à l'agent de change l'ordre d'acheter avait l'intention de réaliser l'opération sans avoir à payer le prix : Cass. 9 mai 1857, Sir. 57. 1. 545; v. dans le même sens Toulouse, 6 décembre 1856, Sir. 57. 2. 113.

En un mot, il résultait du Code pénal que les tribunaux, pour savoir si l'action en justice devait être refusée dans le cas de vente ou d'achat d'effets publics, avaient simplement à rechercher si la partie qui prétendait la demande de l'agent de change non recevable avait eu, en lui donnant l'ordre de conclure le marché, l'intention de se borner au paiement d'une différence; dès lors que cette intention était prouvée, le marché, tout en étant en lui-même un marché véritable, était réputé *fictif*.

Seulement on conçoit que l'agent de change ne devait pas se

op. cit., p. 105), paraissait même adopter une interprétation plus rigoureuse de l'art. 422, et l'on a soutenu que la vente d'effets publics était réputée un pari par cela seul que le vendeur n'avait pas la certitude d'être propriétaire des titres à l'échéance (V. M. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 649); mais l'interprétation indiquée dans le corps du texte, et dont je n'examine pas d'ailleurs la valeur juridique, avait prévalu dans la jurisprudence.

Digitized by Google

voir fermer le recours contre son client s'il avait ignoré l'intention de ce dernier; il était donc nécessaire que cette intention fût connue de lui.

Voilà l'explication qu'on peut donner de la jurisprudence antérieure à la loi de 1885. D'ailleurs les décisions judiciaires, sans entrer dans le raisonnement que je viens de faire, se contentaient de se référer à l'art. 1965 du Code civil, c'est-à-dire à l'article qui contient le principe de l'exception de jeu.

Quant aux faits de nature à révéler l'intention d'une partie de conclure un marché *fictif*, ils étaient abandonnés à l'appréciation des tribunaux. En général, on comparait l'importance de l'opération à la fortune de la partie, et l'on refusait de considérer le marché comme sérieux lorsque la partie était obligée pour une somme notablement supérieure à ses ressources. Mais l'exception de jeu pouvait être admise même quand le client était solvable; la preuve de l'intention de « jouer » pouvait résulter de la continuité et de la succession d'opérations identiques qui uniformément se terminaient par des paiements de différences : Paris, 13 mai 1873, Sir. 73. 2. 102.

J'ai supposé jusqu'à présent des négociations d'effets publics; comment devait-on entendre le pari pour les autres valeurs négociées par les agents de change? La jurisprudence ne faisait aucune distinction, au point de vue des conditions d'admission de l'exception de jeu, entre les effets publics et les autres valeurs de Bourse. (Paris, 12 juillet 1871, *Journ. des trib. de commerce*, 1871, p. 378; 29 juillet 1873, même Recueil, 1874, p. 59; 10 décembre 1873, même Recueil, 1874, p. 250; v. aussi Paris, 27 janvier 1859, même Recueil, 1859, p. 340). Il est vrai que le Code pénal ne punissait que les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics; mais, pour expliquer les décisions que je viens de citer, on pouvait encore s'armer du sens étendu de l'expression *jeux de Bourse;* et l'idée du pari qui se dégageait des art. 421 et 422 du Code pénal pouvait paraître une simple application d'une notion générale du pari en matière d'opérations sur titres.

Plus d'une fois, celui qui veut faire un marché à terme, au lieu de s'adresser directement à un agent de change, a recours à

Digitized by Google

un tiers, un banquier, par exemple, qui donne l'ordre à l'agent de change de conclure le marché. Ordinairement l'agent de change ne connaît alors que le tiers avec lequel il se trouve en rapport. Par suite, le tiers peut savoir que son client a l'intention de se borner au paiement d'une différence, et l'agent de change peut croire au contraire qu'on veut exécuter effectivement le marché. Dans ce cas, la jurisprudence décidait que la personne qui avait eu recours au tiers avait le droit d'opposer à ce tiers l'exception de jeu, et que lui-même n'avait pas le droit de l'opposer à l'agent de change. (Paris, 4 janvier 1867, *Journ. des trib. de commerce,* 1868, p. 52; 18 décembre 1879, même Recueil, 1880, p. 391). La solution de ces arrêts était en harmonie avec la solution adoptée pour les négociations confiées directement aux agents de change. Pas plus dans une hypothèse que dans l'autre on n'exigeait qu'il eût été convenu *ab initio* que l'opération se résoudrait par le paiement d'une différence.

Souvent un marché de valeurs mobilières conclu par un intermédiaire s'opère complétement en dehors du ministère des agents de change. Si la négociation constitue une violation du monopole de ces derniers, l'opération se trouvant par là même frappée de nullité, l'exception de jeu est superflue. Mais le monopole des agents de change peut avoir été respecté; de plus la nullité résultant du défaut de qualité de l'intermédiaire est considérée par certains tribunaux comme susceptible de se couvrir par une ratification (Paris, 29 septembre 1882, Sir., 83. 2. 129, — *contrà*, Besançon, 27 décembre 1882, Sir. *eod. loc.*), et la ratification a pu se produire : dans les cas de ce genre il y a lieu pour le juge de procéder à l'examen de l'exception de jeu. Pour que cette exception fût recevable, exigeait-on dans la pratique que les obligations constitutives d'un marché à terme n'eussent pas été réellement contractées? L'arrêt de la Cour de Paris que je viens d'indiquer permettait au client d'opposer l'exception de jeu à l'intermédiaire par cela seul que celui-ci connaissait l'intention de son mandant de se borner au paiement d'une différence; la Cour ne recherchait pas s'il y avait eu ou non dès le principe entre l'intermédiaire et l'autre partie une convention réduisant l'opération à ce simple paiement. Ici cependant cette conven-

Digitized by Google

tion aurait pu exister; les intermédiaires qui agissent en dehors du ministère des agents de change, tout en usant rarement de conventions de ce genre, ne s'en abstiennent pas complétement. Mais la décision de la Cour de Paris s'expliquait aisément; indépendamment de l'argument qu'on pouvait tirer du langage reçu en matière de Bourse, il y a lieu de remarquer que les art. 421 et 422 du Code pénal ne visaient pas seulement les opérations faites par les agents de change; en outre il n'eût pas été logique de soumettre l'admission de l'exception de jeu à plus de conditions pour les opérations faites par un intermédiaire quelconque que pour les négociations qui sont l'œuvre d'un intermédiaire officiel.

Enfin les marchés relatifs à des valeurs mobilières peuvent avoir été conclus par les parties intéressées elles-mêmes. Si l'une des parties avait eu l'intention de se borner au paiement d'une différence, et que l'autre ignorât cette intention, la jurisprudence repoussait certainement l'exception de jeu. (Paris, 20 juin 1853, *Journ. des trib. de commerce*, 1853, p. 304). Mais que décidaient les tribunaux lorsque l'une des parties, tout en faisant, quant à elle, une opération qui n'avait rien de fictif, connaissait l'intention de l'autre partie de se borner au paiement d'une différence? Que décidait-on aussi lorsque chacune des parties avait l'intention de liquider ainsi l'opération, qu'elles connaissaient réciproquement leur intention, et que cependant elles contractaient réellement les obligations constitutives d'un marché à terme? Les art. 421 et 422 du Code pénal avaient trait aux marchés conclus par les parties elles-mêmes comme aux marchés conclus par un intermédiaire; ne fût-ce que pour cette raison, le pari, tout au moins lorsqu'il s'agissait d'effets publics, pouvait s'entendre de la même manière dans les deux catégories de marchés; pour les opérations faites par les parties elles-mêmes, aussi bien que pour les opérations faites par des intermédiaires, l'exception de jeu semblait recevable même quand il n'avait pas été convenu *ab initio* que le marché n'aboutirait qu'au paiement d'une simple différence. Cependant un arrêt de la Cour de cassation du 1er avril 1856 (Sir. 57. 1. 192) paraissait rejeter cette solution. Mais l'espèce soumise à la Cour était celle d'un marché à livrer; les opérations sur titres ne figuraient dans les motifs de

Digitized by Google

l'arrêt que d'une manière accessoire; à l'égard de ces opérations, on ne saurait donc considérer l'arrêt comme l'expression suffisante de la pensée de la Cour suprême.

En résumé, dans les marchés portant sur des valeurs mobilières, je ne saurais dire au juste si la jurisprudence, pour écarter l'action en justice, exigeait un pari dans le sens du Code civil lorsque l'exception de jeu était opposée par l'une des parties à l'autre, mais elle ne l'exigeait certainement pas lorsque l'exception de jeu était opposée par l'une des parties à l'intermédiaire au moyen duquel elle avait conclu le marché.

Quelle était la jurisprudence en matière de marchés à livrer?

Dans les marchés à livrer, le vendeur et l'acheteur, soit qu'ils se mettent directement en rapport l'un avec l'autre, soit qu'ils soient mis en rapport par un courtier, concluent souvent eux-mêmes l'opération. Quand le marché était ainsi conclu par les parties elles-mêmes, et que l'une d'elles opposait à l'autre l'exception de jeu, fallait-il, pour que l'exception de jeu fût recevable, qu'une convention eût réduit dès le principe l'opération au paiement d'une simple différence? C'est en ce sens que se prononçait l'arrêt de la Cour de cassation du 1er avril 1856, que je citais plus haut. Les art. 421 et 422 du Code pénal étaient, d'ailleurs, complétement étrangers aux marchés à livrer. Il est vrai qu'il restait toujours, pour entendre le mot pari dans un sens plus large qu'en matière ordinaire, l'argument tiré des habitudes de langage en matière de Bourse; mais la Cour de cassation s'en tenait purement et simplement à la notion du pari telle qu'on la trouve dans le Code civil. A l'arrêt de la Cour de Cassation nous pouvons joindre deux arrêts, l'un de la Cour de Poitiers, du 19 mars 1864 (*Journ. des trib. de commerce*, 1864, p. 201), et l'autre de la Cour de Paris, du 14 août 1876 (même Recueil, 1877, p. 268). Ces arrêts, en admettant l'exception de jeu, avaient soin de relever l'existence d'une convention qui excluait *ab initio* l'obligation de livrer les marchandises et celle de payer le prix. Toutefois, s'ils mentionnaient dans l'espèce l'existence de cette convention, je dois ajouter qu'ils n'en faisaient pas formellement la condition nécessaire de l'admission de l'exception de jeu.

Digitized by Google

A côté des marchés à livrer que le vendeur et l'acheteur concluent eux-mêmes, il y a les marchés conclus par un commissionnaire qui contracte en son propre nom. Ici une convention réduisant dès le principe l'opération au paiement d'une simple différence ne serait pas possible entre le vendeur et l'acheteur qui ne se connaissent pas. Il est vrai que cette convention pourrait se produire entre le commissionnaire et la personne avec laquelle il contracte ; mais supposons que le commissionnaire eût conclu, comme cela a lieu entre agents de change, une opération renfermant réellement les obligations constitutives d'un marché à terme ; suffisait-il que le commettant eût l'intention de se borner à un paiement de différence, et que cette intention fût connue du commissionnaire, pour que la jurisprudence refusât au commissionnaire le droit de demander au commettant le remboursement de ses avances ? Tranchait-on, en un mot, le débat de la même manière qu'entre l'agent de change et son client ? Une espèce de ce genre avait été soumise en 1869 à la Cour de cassation : Un commissionnaire avait conclu en son propre nom pour le compte de son commettant des marchés à livrer dans lesquels on promettait réellement la livraison des marchandises et le paiement du prix ; d'un autre côté, il était établi que le commettant avait voulu se borner au paiement d'une différence et que son intention était parfaitement connue du commissionnaire ; le commettant opposait dès lors l'exception de jeu au commissionnaire et refusait de lui rembourser ce qui avait été payé à l'autre partie. La Cour de cassation déclara que le commissionnaire n'avait pas droit au remboursement (Cass. 27 juillet 1869, Sir. 69, 1.448). Faut-il tirer de l'arrêt cette conséquence que, dans les marchés à livrer où figurait un commissionnaire, la Cour suprême admettait l'exception de jeu, même quand il y avait obligation de livrer les marchandises et de payer le prix ? Les considérants de l'arrêt ne permettent pas de lui attribuer cette pensée. En effet, la Cour fondait sa décision sur ce qu'en fait le commettant avait donné l'ordre au commissionnaire de conclure des marchés absolument fictifs ; et si le commissionnaire s'était réellement engagé à livrer des marchandises ou à en payer le prix, ce n'était qu'en outrepassant les ordres, d'ailleurs contraires à la loi, de son commet-

Digitized by Google

tant. Mais qu'eût décidé la Cour de cassation si le commettant, tout en ayant l'intention, connue du commissionnaire, de liquider les opérations par de simples paiements de différences, avait donné au commissionnaire l'ordre de promettre ou de se faire promettre réellement la livraison d'une chose faisant l'objet d'une vente véritable, ce qui eût été absolument la situation de l'agent de change et de son client? L'arrêt ne s'expliquait pas à cet égard. Mais l'arrêt de la Cour de Paris, rendu dans la même espèce (v. Sir. *eod. loc.*), semblait bien mettre le commissionnaire en marchandises sur la même ligne que l'agent de change et le traiter de la même manière au point de vue de l'exception de jeu. Et c'est ce qui résultait plus nettement d'un autre arrêt de la même Cour du 3 mai 1884 (Sir. 84. 2. 166). Les tribunaux s'écartaient donc ici de la notion du pari contenue dans le Code civil. Ce n'était pas d'ailleurs que les art. 421 et 422 du Code pénal fussent applicables à notre hypothèse : ces articles étaient tout aussi étrangers aux marchés à livrer conclus par un intermédiaire qu'aux marchés à livrer conclus par les parties elles-mêmes. Mais la jurisprudence admise en matière de marchés relatifs à des valeurs mobilières réagissait sur les marchés à livrer.

Si maintenant nous jetons un coup d'œil d'ensemble sur la jurisprudence antérieure à la loi de 1885, nous constatons qu'en définitive, dans la plupart des cas, l'exception de jeu était admise même quand il n'y avait pas un pari selon le droit commun. La loi de 1885, au contraire, écarte l'exception de jeu dans les marchés à terme ou à livrer toutes les fois qu'elle serait rejetée en droit commun : il n'y a lieu désormais à cette exception que si une convention a exclu *ab initio* la nécessité d'une livraison de la chose vendue et du paiement du prix.

C'est la pensée contenue dans le deuxième alinéa de l'article 1er, où, après avoir posé le principe de la légalité des marchés à terme ou à livrer, le législateur dit que « nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil *lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence* ».

Le projet présenté par le Gouvernement était ainsi conçu :

Digitized by Google

« Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil *lorsque l'acheteur a le droit d'exiger la livraison ou que le vendeur a le droit de l'imposer.* » La commission de la Chambre des députés modifia cette rédaction ; elle proposa le texte suivant : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil, *lors même que ces marchés devraient se résoudre par le simple paiement d'une différence.* » Cette modification fut acceptée par la Chambre. Mais le texte voté par la Chambre fut à son tour modifié par la commission du Sénat ; les mots *se résoudraient* furent substitués aux mots *devraient se résoudre;* et cette nouvelle rédaction, adoptée par le Sénat, puis par la Chambre des députés, devint la rédaction définitive.

On a soutenu que le texte, tel qu'il est sorti des délibérations du Sénat, n'est que la confirmation de la jurisprudence antérieure.

Je ne saurais accepter cette interprétation. L'idée qui a inspiré la modification est indiquée par les travaux préparatoires. M. Naquet, dans son rapport au Sénat, s'exprimait en ces termes : « En mettant dans l'article 1er les mots *devraient se résoudre* au lieu de *se résoudraient,* on validerait non seulement les vrais marchés, mais encore des conventions nouvelles, inconnues jusqu'ici, innommées, et par lesquelles au moment même de la transaction les parties s'engageraient par écrit à ne pas exiger la livraison, à ne pas l'imposer, et à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence. Dans ce cas, le mode de solution par différence ne serait plus un simple fait, une des diverses manières dont les marchés se résolvent ; ce serait un droit, une obligation. De telles opérations auraient-elles le caractère d'un marché ? Nullement, et on ne saurait les valider à propos d'une loi sur les marchés à terme [1]. » Ainsi ce qui donne lieu désormais à l'exception de jeu, ce sont uniquement les conventions par lesquelles ceux qui concluent un prétendu marché à terme ou à livrer s'engagent à ne pas exiger la livraison et à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence. Le rapport de M. Peulevey

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 561.

Digitized by Google

à la Chambre des députés explique de la même manière le changement apporté par le Sénat à la rédaction de la Chambre; il reproduit littéralement les paroles de M. Naquet[1].

Et le texte de la loi de 1885 cadre parfaitement avec l'interprétation fournie par les travaux préparatoires. En vertu de la suppression opérée par le Sénat, les marchés à terme donnent lieu à l'exception de jeu lorsqu'ils doivent se résoudre par le paiement d'une différence. Or, quand l'une des parties, ou chacune d'elles séparément, a l'intention *ab initio* de se borner au paiement d'une simple différence, mais que les obligations constitutives d'un marché à terme ou à livrer ont été réellement contractées, on ne peut pas dire, si l'on prend le mot *doit* dans un sens rigoureusement juridique, que le marché doit se résoudre par le paiement d'une simple différence; en fait il se résoudra peut-être ainsi, soit par suite d'une entente ultérieure des intéressés, soit parce que chacune des parties recourra à des combinaisons lui permettant d'éviter une livraison effective; mais en droit il y a obligation pour les parties de fournir, l'une les titres, l'autre le prix. Cela suffit pour que juridiquement le marché ne doive pas se résoudre par le paiement d'une simple différence. La loi, telle qu'elle est rédigée, déclare donc, en définitive, légaux les marchés à terme toutes les fois qu'une convention n'a pas exclu dès le principe l'obligation de livrer les titres ou les marchandises et celle de payer le prix. Les opérations qui contiennent cette convention, celles dans lesquelles on contracte simplement l'engagement de payer une différence, sont les seules dont on ait le droit de dire qu'elles doivent se résoudre par le paiement d'une différence; ce sont, par suite, les seules qui se trouvent aujourd'hui dépourvues d'action.

Je fais enfin valoir en faveur de cette solution l'abrogation des art. 421 et 422 du Code pénal sur lesquels pouvait s'appuyer dans une certaine mesure la jurisprudence antérieure à la loi de 1885.

Depuis la loi de 1885, le juge ne peut donc refuser d'admettre l'action en justice que si les obligations constitutives d'un marché à terme ou à livrer n'ont pas été réellement contractées[2],

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1885, p. 242.

[2] Je mets à part, bien entendu, le cas où un intermédiaire, outre-passant

Digitized by Google

que s'il a été convenu *ab initio* que l'opération se résoudrait par le paiement d'une simple différence. Et comme, en fait, cette convention n'existe jamais dans les opérations faites par le ministère des agents de change, les marchés à terme conclus par les agents de change sont désormais à l'abri de l'exception de jeu [1]. Cette exception se trouve aussi désormais écartée la plupart du temps pour les opérations sur les valeurs mobilières conclues par d'autres intermédiaires et pour les opérations sur les marchandises conclues par les commissionnaires : car la convention dont il s'agit est très rare en pratique, dans les opérations à terme relatives à des marchandises comme dans celles qui ont pour objet des valeurs mobilières. L'abondance des titres ou des marchandises qui alimentent la spéculation, la multiplicité des transactions opérées chaque jour, la facilité avec laquelle on peut acheter ou revendre, permettent dans la plupart des cas d'arriver à un paiement de différence tout en contractant les obligations constitutives d'un véritable marché, et, à ce point de vue, rendent d'ordinaire parfaitement superflue une convention qui exclurait ces obligations.

Quant aux marchés conclus par les parties elles-mêmes, peut-être la loi nouvelle n'entraîne-t-elle pas, en ce qui les concerne, un changement dans la jurisprudence. Mais, ainsi que je l'ai fait remarquer, il n'était pas démontré que la Cour de cassation considérât les opérations à terme sur les valeurs mobilières conclues par les parties comme à couvert de l'exception de jeu par cela seul que l'obligation de livrer les effets et celle de payer le prix

l'ordre donné, conclurait un véritable marché alors qu'il aurait reçu de son client mandat de contracter un engagement de simple différence; il est évident que la demande formée ensuite par l'intermédiaire contre son client devrait être rejetée. Mais cette hypothèse n'est pas au nombre de celles que j'ai en vue; quand l'opération est conclue par un intermédiaire, je suppose cette opération conclue en conformité du mandat donné, et le droit de recours de l'intermédiaire contesté uniquement pour cause de jeu.

[1] On remarquera aussi que la situation dont il est question au commencement de la note précédente ne se produit jamais pour l'agent de change; ne concluant avec ses confrères que des marchés véritables, il n'accepte de mandat que pour la conclusion de marchés de cette nature, et par suite il y a toujours conformité entre l'opération effectuée et le mandat reçu.

Digitized by Google

avaient été réellement contractées. Et en ce qui concerne les marchés à livrer, la jurisprudence n'avait pas un tel caractère de certitude qu'il fût indifférent de dissiper toute équivoque, de préciser la mission du juge, et de proclamer la nécessité en toute hypothèse, pour l'admission de l'exception de jeu, d'une convention réduisant *ab initio* l'opération à un engagement de simple différence.

Mais, a-t-on dit, la jurisprudence qui a précédé la loi de 1885 n'accueillait l'exception de jeu que si elle rencontrait une convention de ce genre. Il en était ainsi, non-seulement pour les opérations conclues par les parties elles-mêmes, mais encore pour les marchés conclus par un intermédiaire. L'exception de jeu était-elle, par exemple, opposée à un agent de change par son client, elle n'était recevable que si l'agent de change et le client étaient convenus, au moment où le marché avait été fait, de ne pas arriver à une livraison effective. Dès lors la situation antérieure reste entière; l'action en justice est refusée aujourd'hui exactement dans les cas où elle était refusée auparavant.

J'ai observé moi-même que peut-être la loi nouvelle n'entraînait pas de changement dans la jurisprudence en matière de marchés conclus par les parties elles-mêmes; mais il en est tout autrement en matière de marchés conclus par des intermédiaires. Pour ces derniers, la jurisprudence (c'est ce qui résulte de l'exposé que j'en ai présenté) admettait parfaitement l'exception de jeu même en l'absence d'une convention réduisant dès le principe l'opération au paiement d'une simple différence. La loi de 1885, en écartant l'exception de jeu toutes les fois que cette convention fait défaut, a donc modifié l'état de choses antérieur. Et la résolution de le modifier est formellement exprimée dans le rapport de M. Peulevey à la Chambre des députés : « Ce que le Sénat n'a pas voulu, dit M. Peulevey, c'est maintenir l'état de choses actuel. » Ce que le Sénat n'a pas voulu, c'est « approuver et sanctionner » la « jurisprudence [1]. » Certains passages du rapport de M. Naquet au Sénat, que j'aurai l'occasion de citer plus loin, montrent aussi que le législateur, en édictant la disposition qui a été adoptée, prétendait écarter l'exception de jeu dans une hypothèse où la jurisprudence la déclarait recevable.

[1] *Journal offi.*, Doc. parl., Ch. 1885, p. 213.

Digitized by Google

Au reste, on ne conteste pas la volonté du législateur de modifier la situation qui résultait des décisions de la jurisprudence; seulement on soutient que ce qui lui a semblé une modification de cet état de choses en est, en réalité, la confirmation. Mais j'ai fait voir que l'état de choses qui dérivait des décisions de la jurisprudence était très différent de la situation qui résulte de la loi nouvelle.

Toutefois une objection se présente à l'esprit. J'ai dit qu'un agent de change ne joue jamais à l'égard de son client le rôle de contre-parieur; j'ai dit aussi qu'il conclut toujours avec son confrère un marché véritable; mais n'y a-t-il pas quelquefois dès le principe entre l'agent de change et son client, une convention aux termes de laquelle ce marché véritable n'aboutira pas *entre eux* à une livraison effective, et aura entre eux pour simple conséquence un règlement par différence? N'était-ce pas en présence de cette convention que la jurisprudence admettait l'exception de jeu quand l'exception était opposée à un agent de change par son client? Et cette convention n'engendre-t-elle pas également l'exception de jeu sous l'empire de la loi nouvelle? La loi de 1885 prohibe les engagements de simple différence; or n'avons-nous pas ici un engagement de simple différence, puisque le marché, dans les rapports de l'agent de change et de son client, n'a pas été considéré par eux comme un marché véritable? En un mot, un intermédiaire qui a conclu un marché véritable ne peut-il pas se voir opposer l'exception de jeu par son client, si dès le principe ils étaient convenus de résoudre *entre eux* l'opération par un paiement de différence?

Il faut rejeter cette interprétation de la loi de 1885. La jurisprudence antérieure à cette loi n'a jamais eu à se prononcer sur la convention dont je parle en ce moment par la raison que cette convention n'a jamais existé. Ce qu'on rencontre en fait, c'est, chez tel ou tel client donnant un ordre à un agent de change, l'intention de se borner au paiement d'une différence, et chez l'agent de change la connaissance de cette intention, et c'était en constatant la réunion de ces deux circonstances que les juges rejetaient la demande formée par l'agent de change contre son client. Quant à une convention en vertu de laquelle tout se

Digitized by Google

réduirait entre l'agent de change et le client, qui le prend pour intermédiaire, à un règlement par différence, sans doute elle n'est pas impossible en théorie, mais je ne crois pas que la pratique en offre un exemple. Quelle serait l'utilité de cette convention? Le client n'a qu'à donner l'ordre à l'agent de change d'acheter ou de vendre à terme un certain nombre de titres, et celui de faire avec une même quantité de titres de la même nature l'opération inverse; dans les rapports de l'agent de change et de son client les deux marchés se résoudront tout naturellement par un paiement de différence. Quel avantage particulier le client retirerait-il de la convention que j'examine en ce moment? Qu'on le remarque bien, il ne s'agit pas d'une convention conférant mandat à un agent de change de conclure avec son confrère un engagement de simple différence; puis l'agent de change, outre-passant l'ordre reçu, aurait conclu un véritable marché à terme. Ce n'est pas sur cette hypothèse que je raisonne; j'ai déjà observé qu'elle est sans application en ce qui concerne les agents de change [1]. Il est question ici d'un client qui a donné l'ordre à l'agent de change de conclure un marché véritable; seulement, au même instant, il a été convenu entre eux que l'agent de change, astreint envers son confrère à l'exécution du marché, n'exigerait pas du client la livraison des titres ou le paiement du prix et lui réclamerait simplement une différence. C'est de cette convention que je n'aperçois pas l'utilité. A un intermédiaire qui doit conclure un marché véritable le client qui ne veut pas livrer les titres ou les marchandises ou en payer le prix donne l'ordre de conclure une première opération, puis l'ordre d'en conclure une seconde qui sera la contre-partie de la précédente; il ne stipule pas avec lui un règlement par différence qui, grâce à la combinaison des deux opérations, découlera de la force même des choses : l'intermédiaire recevra le prix de ce qu'il aura vendu, paiera le prix de ce qu'il aura acheté, et remettra au client ou exigera de lui la différence entre les deux sommes. Je ne vois pas quel serait le but de la stipulation qu'on supposerait intervenue entre eux. Le client ferait-il ainsi l'économie d'une opération? En aucune manière : à une vente de titres, par exem-

[1] V. p. 29, note 1.

Digitized by Google

ple, devrait évidemment succéder un achat pour que l'intermédiaire pût se procurer les titres qu'il aurait vendus; à un achat de titres devrait succéder une vente qui délivrerait l'intermédiaire de la charge des titres achetés, et lui fournirait en même temps les fonds nécessaires pour en payer le prix; il y aurait donc toujours deux opérations dont la seconde servirait à liquider la première, et ce serait par la comparaison entre ces deux opérations que se déterminerait le profit réalisé ou la perte subie par le client. La stipulation d'un règlement par différence ne diminuerait donc pas les frais de commission ou de courtage. Elle n'aurait pas non plus pour effet de soustraire le client aux conséquences d'un accaparement possible des titres ou des marchandises; c'est un avantage que certainement ce dernier ne saurait en attendre; car plus forte serait la somme que l'intermédiaire aurait à débourser pour se procurer les titres ou les marchandises, plus élevé serait évidemment le chiffre de la différence dont il demanderait le paiement à son client.

D'ailleurs admettons que cette convention soit connue de la pratique, et qu'elle fût visée dans les décisions de la jurisprudence antérieure à la loi de 1885; ce n'est pas la convention que cette loi a prohibée. Entre l'intermédiaire et la personne avec laquelle il traite en vertu de l'ordre qu'il a reçu, les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer ont été réellement contractées; dès lors nous ne sommes pas en présence de l'engagement de simple différence prévu et proscrit par le législateur de 1885. Le législateur n'a pas interdit un engagement de simple différence restreint aux rapports de l'intermédiaire et de son client; c'est la transaction dans son entier qui doit avoir le caractère d'un engagement de simple différence pour que l'exeption de jeu soit recevable; il faut que sur l'ordre du client l'intermédiaire ait conclu avec une autre personne un marché purement fictif. En effet, comme on le verra plus loin, le législateur a proscrit les engagements de simple différence parcequ'ils n'entraînent qu'une seule opération, et que, par suite, ils auraient pour résultat de diminuer le nombre des transactions; or, si c'est seulement dans les rapports de l'intermédiaire et du client que les obligations constitutives d'un marché à terme ou à livrer

Digitized by Google

ont été exclues, je viens de montrer qu'il y aura toujours deux opérations.

Deuxième proposition. — *Si les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer n'ont pas été réellement contractées, s'il a été convenu* ab initio *que l'opération se résoudrait par le paiement d'une simple différence, l'exception de jeu peut être admise alors même que cette convention aurait été déguisée sous les formules ordinaires d'un marché à terme ou à livrer. Mais le juge n'est pas obligé de l'admettre ; il appréciera s'il y a dans l'espèce une transaction sérieuse ou une simple opération de jeu.*

Deux personnes font la convention suivante : il est dit que l'une vend à l'autre tant de titres de telle nature ou tant de marchandises de telle espèce, et que les titres ou les marchandises seront livrables fin courant; mais en même temps par une clause qui ne figure pas dans la convention apparente, il est entendu qu'il n'y aura ni livraisons des titres ou des marchandises, ni paiement du prix, et qu'on se bornera à un paiement de différence. Nous avons ainsi un simple engagement de différence qui se déguise sous les formules ordinaires d'un marché à terme ou à livrer : le juge aura-t-il le droit d'admettre l'exception de jeu ?

En faveur de la négative on invoque plusieurs passages du rapport de M. Naquet au Sénat :

« Tous les membres de la commission, a dit M. Naquet, reconnaissent que, quand un marché à terme est intervenu, il doit être déclaré valable sans que les tribunaux puissent en aucun cas avoir à rechercher quelle est l'intention de ses auteurs [1]. »

Ailleurs nous lisons : « S'il s'agit d'un marché contracté selon les règles (et le rapport entend évidemment par là, observe-t-on, *un marché dans la forme accoutumée*), le marché est valable ; il est couvert par une présomption légale qui empêche les tribunaux de rechercher les intentions premières des parties [2]. »

Cette idée se retrouve encore plus loin : « D'après les juris-

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 561.

[2] *Journal off.* Doc. parl. Sén., 1884, p. 562.

Digitized by Google

consultes qui faisaient partie de la commission, avec le texte actuel, tous marchés à terme ou à livrer étant reconnus légaux même lorsqu'ils se résolvent par le simple paiement d'une différence, les intentions des parties ne pourront en aucun cas être recherchées. Ils ont cité à l'appui de leur dire l'art. 1352 du Code civil ainsi conçu : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire. » Ici il n'est fait aucune réserve; nul ne pourra donc invoquer aucune preuve contre la validité d'un marché en excipant de l'exception de jeu. La minorité, rassurée par les déclarations d'hommes auxquels les questions de jurisprudence et de droit sont familières, aurait au moins voulu introduire le mot *présomption légale* dans le second alinéa de l'art. 1er, où il est question du règlement par différences; mais la majorité a été d'avis que ceci était inutile et contraire aux habitudes juridiques. La loi ne se sert du mot présomption légale que dans les art. 1350 et 1352 dans lesquels elle en détermine elle-même le caractère. Partout ailleurs elle procède par simple affirmation, comme dans la loi qui vous est soumise [1]. »

Non moins formel est le rapport de M. Peulevey :

« Quelques esprits passionnés de dialectique cherchent dès à présent à établir que par cette substitution (la substitution des mots *se résoudraient* aux mots *devraient se résoudre*) le Sénat a voulu bouleverser toute l'économie de la loi, et que les parties pourront comme par le passé demander à faire la preuve que le marché n'a été que fictif, et qu'il n'a eu pour but que de dissimuler une opération de jeu. Mais que la Chambre se rassure, il n'en est point ainsi. Nous ne sommes point en face de législateurs se donnant l'apparence d'adhérer à des réformes impérieusement réclamées, et s'ingéniant, par des subtilités de rédaction, à échapper à toute réforme. Ce sont là des suppositions que le bon sens seul réprouve, et nous croyons pouvoir affirmer, avant toute dis-

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 562.

Digitized by Google

cussion, que la rédaction adoptée par le Sénat a exactement le même sens et la même portée que celle adoptée par la Chambre.... Le texte voté dit expressément que nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent d'un marché à terme, se prévaloir de l'exception de jeu. Il est donc bien évident que par une disposition aussi nette, aussi précise, et qui ne peut avoir pour objet que de couper court aux interprétations arbitraires de la jurisprudence, le législateur entend formellement dénier l'action en justice pour établir le contraire de ce qui résulte des termes du marché. C'est qu'en effet, ou la loi ne veut rien dire, ou elle signifie que le marché constitue la présomption *juris et de jure* contre laquelle nulle preuve n'est admise [1]. »

Tous ces passages démontrent, dit-on, d'une manière manifeste que la loi, dans l'intérêt du marché sérieux, protège le pari quand il est fait sous la forme ordinaire d'un marché. Ce que la loi n'a pas voulu protéger, c'est le marché rédigé sous la forme d'un pari. Une personne vend à une autre tant de titres de telle nature, ou tant de marchandises de telle espèce ; les titres ou les marchandises seront livrables fin courant ; mais en même temps, par une clause qui n'est aucunement dissimulée, il est entendu qu'il n'y aura ni livraison des titres ou des marchandises, ni paiement du prix, et qu'on se bornera à un paiement de différence. L'engagement de simple différence se montre ici au grand jour ; les parties ont bien pu qualifier l'opération de marché à terme, mais elle n'a du marché à terme que le nom ; elle n'en revêt pas la forme, du moins la forme ordinaire. Eh bien ! cette opération, cela résulte très nettement du rapport de M. Peulevey, tout le monde était d'accord pour la proscrire : « Il est un point, a dit M. Peulevey, sur lequel tout le monde est d'accord, c'est qu'un marché qui serait rédigé sous la forme d'un pari n'est pas le marché à terme ou à livrer que la loi nouvelle a pour but de protéger [2]. » Mais la loi nouvelle couvre le pari quand il se déguise sous la forme ordinaire d'un marché à terme.

Il est vrai, ajoute-t-on, qu'on peut se demander si le législateur a exprimé sa pensée d'une manière bien juridique ; on peut se

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1885, p. 242.

[2] *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1885, p. 242.

Digitized by Google

demander s'il est conforme aux procédés juridiques de créer une présomption légale sans un texte formel qui l'établisse ; on peut aussi se demander si les jurisconsultes de la commission avaient raison d'invoquer l'art. 1352 du Code civil pour soutenir que la présomption créée par la loi n'était pas susceptible d'être détruite par la preuve contraire. Mais si la rédaction de la loi est vicieuse (et encore peut-être ne l'est-elle pas autant qu'elle le paraît au premier abord), la pensée du législateur est manifeste : il ne permet pas de prouver que sous la forme ordinaire d'un marché à terme ou à livrer se dissimule un engagement de simple différence.

D'après une autre opinion il ne défend pas de prouver le déguisement, mais il exige une preuve écrite. Voici sur quelles considérations on peut appuyer cette interprétation de la loi de 1885. M. Naquet et M. Peulevey ont déclaré dans leurs rapports que le changement apporté par le Sénat à la rédaction de l'article 1er a eu pour but de proscrire les conventions « par lesquelles au moment même de la transaction, les parties s'engageraient *par écrit* à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence. » Il résulte de là que l'existence d'un engagement de simple différence ne peut être prouvé que par écrit ; mais il en résulte aussi que cette preuve est toujours possible, et qu'il n'y a pas à se demander si l'opération était ou non déguisée sous la forme ordinaire d'un marché à terme ou à livrer. C'est ce que confirme le rapport de M. Naquet ; il nous apprend que la minorité de la commission du Sénat voyait avec une certaine inquiétude l'exception de jeu admise dès lors qu'une convention écrite avait exclu *ab initio* la nécessité de livrer les titres ou les marchandises et de payer le prix. « Qu'est-ce, en somme, disait la minorité, qu'une convention écrite, sinon une preuve, authentique, il est vrai, de l'intention des parties ? Or si cette intention des parties ressort évidente, encore bien qu'il n'y ait aucune stipulation écrite, les tribunaux n'y verront-ils pas le moyen d'annuler les marchés qui auraient cependant revêtu la forme ordinaire [1] ? » C'est alors que, pour rassurer la minorité, la majorité invoquait l'avis des jurisconsultes de la commission et se déclarait fondée à soutenir, en s'appuyant sur leur autorité, que le

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 562.

Digitized by Google

texte, tel qu'il était rédigé, établissait pour les opérations ayant la forme des marchés à terme ou à livrer une présomption de validité qui ne pouvait pas être combattue par la preuve contraire. La preuve contraire dont il était question est donc simplement, semble-t-il, la preuve contraire qui ne dérive pas d'une stipulation écrite.

Je crois aussi que la loi de 1885 autorise la preuve de l'engagement de simple différence déguisé sous les formules ordinaires d'un marché à terme ou à livrer; mais, contrairement à l'opinion que je viens d'exposer, je pense qu'une preuve écrite n'est pas nécessaire; la preuve peut se faire par tous moyens, par témoins et même par simples présomptions.

L'opinion que j'adopte a le mérite d'être rigoureusement conforme au texte de la loi ; quelles sont les opérations que la loi met à l'abri de l'exceptiou de jeu ? Ce sont les marchés à terme ou à livrer. Or il n'y a pas marché à terme, il n'y a pas marché à livrer, lorsqu'une convention a précisément exclu dès le principe les obligations constitutives de ces marchés. Cette convention a beau se cacher sous les formules ordinaires de l'un des marchés dont nous parlons, ce déguisement ne fait pas de l'opération un marché à terme ou à livrer; il ne lui en donne que l'apparence. Les conventions de ce genre ne rentrent pas dans les termes de l'art. 1er de la loi de 1885. En conséquence, si l'on en démontre l'existence, si l'on prouve le déguisement, l'exception de jeu devient recevable, l'action en justice est écartée, par application de l'art. 1965 du Code civil. Et la preuve du déguisement se fait, en l'absence de toute disposition spéciale, conformément au droit commun; or en droit commun, lorsqu'une personne cherche à se dérober par une simulation à l'application de la loi, la simulation peut être prouvée par tous moyens, même par simple présomptions. Exiger un écrit en notre matière, c'est donc établir une dérogation au droit commun sans un texte qui l'autorise; il n'est aucunement question d'écrit dans l'art. 1er de la loi de 1885; pour déclarer l'écrit nécessaire, on est obligé d'ajouter une disposition au texte, et une disposition exceptionnelle. Il faut de même ajouter quelque chose à la loi dans l'opinion qui rejette d'une manière absolue la preuve du déguisement : alors que le

Digitized by Google

texte ne parle que des marchés à terme ou à livrer, il faut supposer, sans que rien dans l'article le laisse entendre, qu'il parle aussi des opérations qui ont simplement la forme de ces marchés, en ayant soin d'ailleurs de rejeter celles qui en portent le nom sans en avoir la forme. Ainsi, tandis que l'opinion que je soutiens laisse intact le texte de l'article, les opinions que je combats l'altèrent d'une manière plus ou moins profonde.

Il est vrai que leurs partisans invoquent les travaux préparatoires; mais les travaux préparatoires ne démentent pas la solution qui découle du texte de la loi. Si l'on examine de près la discussion dans le sein de la commission du Sénat, telle qu'elle nous est révélée par le rapport de M. Naquet, on s'aperçoit qu'en réalité la majorité de la commission admettait l'exception de jeu par cela seul qu'il y avait un simple engagement de différence, et sans distinguer en aucune manière si le pari se produisait au grand jour ou s'il empruntait un déguisement.

La minorité désirait le maintien de la rédaction votée par la Chambre (*devraient se résoudre*); cette rédaction avait, à ses yeux, l'avantage de fermer plus sûrement la porte aux interprétations de la jurisprudence, que tout le monde dans la commission voulait éviter dans l'avenir. Si nous remplaçons, disait-elle, le membre de phrase *devraient se résoudre* par les mots *se résoudraient*, nous indiquerons que l'action en justice est refusée pour l'exécution des conventions innommées dans lesquelles on s'engagerait par écrit dès le principe à ne pas exiger la livraison des marchandises ou des titres. « Mais qu'est-ce, en somme, qu'une convention écrite, sinon une preuve authentique, il est vrai, de de l'intention des parties? Or, si cette intention des parties ressort évidente, encore bien qu'il n'y ait aucune stipulation écrite, les tribunaux n'y verront-ils pas le moyen d'annuler des marchés qui auraient cependant revêtu la forme ordinaire? Ne diront-ils pas que le marché a été fictif, que les parties n'ont adopté la forme régulière que pour éluder la loi, qu'en fait étant donné qu'elles étaient décidées dès le début à ne liquider leurs opérations que par le paiement d'une différence, elles ont fait un simple pari que la loi ne peut couvrir de sa protection? Et si cela arrive, qu'aurons-nous fait? Rien. Nous aurons fait une loi

Digitized by Google

qui laissera subsister la situation actuelle tout entière. Rien de tel avec la rédaction de la Chambre. Vous risquez, il est vrai, de couvrir quelques paris que ne couvrirait pas votre rédaction à vous; mais ces paris, pour les redouter, où les a-t-on vus se produire? A supposer que deux hommes veuillent jouer sur des valeurs ou des marchandises, ils le font en achetant et en revendant. En voulant combattre une forme de jeu qui ne s'est peut-être jamais pratiquée, on sacrifie la clarté de la loi à une chimère [1]. »

A ces arguments que répondait la majorité de la commission? Elle répondait que « si le jeu empruntait la forme de marchés réels, du moins il avait le mérite de multiplier alors le nombre des transactions, et de servir ainsi à l'établissement de cours normaux; que dans l'hypothèse, au contraire, d'un engagement de simple différence, il n'y avait pas achat suivant la vente, ou vente suivant l'achat, qu'il n'y aurait qu'une seule opération, et que ces opérations, si elles devenaient nombreuses, nuiraient au marché qu'elles appauvriraient d'autant de conventions régulières au lieu de l'aider à se développer [2]. »

Ainsi la majorité de la commission proscrivait les engagements de simple différence parce qu'avec ces engagements il n'y a qu'une seule opération, parce qu'il n'y a pas achat suivant la vente ou vente suivant l'achat. Or lorsque l'engagement de simple différence est déguisé sous la forme ordinaire d'un marché à terme ou à livrer, nous n'avons qu'une seule opération, tout comme lorsqu'il ne revêt aucun déguisement; celui qui est censé jouer le rôle d'acheteur n'a pas besoin de faire une revente pour se procurer les fonds nécessaires au paiement des titres ou des marchandises, et celui qui est censé jouer le rôle de vendeur n'a pas besoin de faire un achat de titres ou de marchandises pour opérer la livraison promise : à quoi bon, puisqu'il a été entendu, au moment même de la transaction, qu'il n'y aurait ni livraison à effectuer, ni prix à payer? La majorité de la commission voulait, en écartant les engagements de simple différence, éviter l'appauvrissement du marché; or les engagements de simple différence produiraient aussi bien cet appauvrissement quand ils

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p 562.

[2] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 562.

Digitized by Google

sont déguisés que lorsqu'ils sont contractés d'une manière ostensible; la majorité de la commission a donc voulu les proscrire dans le premier cas aussi bien que dans le second.

Et elle les a proscrits sans considérer s'il y avait ou non une preuve écrite du déguisement; nous ne voyons aucune distinction de ce genre dans la réponse de la majorité. C'est qu'en effet il est évident que l'appauvrissement du marché résulterait tout aussi bien d'un engagement de simple différence quand il est contracté verbalement que lorsqu'il est constaté par écrit; l'argument invoqué par la majorité de la commission pour repousser ces sortes de conventions s'applique avec la même force dans les deux hypothèses. Le rapport de M. Naquet, lorsqu'il parle à plusieurs reprises d'une convention écrite, ne doit donc pas s'entendre en ce sens qu'à défaut de preuve écrite de l'existence d'un engagement de simple différence, l'exception de jeu sera nécessairement rejetée; il veut dire simplement que les juges ne doivent en notre matière admettre l'exception de jeu qu'avec difficulté et que dans le cas où l'existence de l'engagement de simple différence est prouvée d'une manière irrécusable. Si une preuve écrite était la condition *sine qua non* du refus d'action en justice, il serait singulier qu'on ne trouvât aucune trace de cette condition dans le texte de la loi.

Mais dès lors que les tribunaux peuvent rechercher si l'obligation de livrer les titres ou les marchandises et celle de payer le prix ont été réellement contractées, et dès lors que la preuve du déguisement peut être faite de toutes manières, que signifient, dira-t-on, les paroles du rapporteur déclarant, avec les jurisconsultes de la commission, que la loi nouvelle établissait en faveur des marchés à terme ou à livrer conclus selon les règles une présomption de sincérité exclusive de la preuve contraire? Selon moi, le but de cette présomption légale est simplement d'écarter l'exception de jeu toutes les fois qu'on ne se trouve pas en présence d'une convention réduisant dès le principe l'opération au paiement d'une simple différence. Ce que le rapport a voulu dire, c'est que, dans le cas où les obligations dont se compose le marché à terme ou à livrer auraient été réellement contractées, le juge n'aurait pas à rechercher si l'une des parties avait l'in-

Digitized by Google

tention d'échapper, au moyen de combinaisons ultérieures, à la nécessité de la livraison des choses vendues ou du paiement du prix. Le caractère fictif qui ne peut pas être recherché par le juge, c'est le caractère fictif tel que les tribunaux l'envisageaient avant la loi de 1885, quand ils admettaient l'exception de jeu pour des opérations dans lesquelles cependant aucune convention n'avait rejeté *ab initio* l'obligation de livrer les titres ou les marchandises et celle de payer le prix. On se souvient que la jurisprudence, du moins quand l'exception de jeu était opposée à un intermédiaire, considérait la négociation comme fictive par cela seul que le client avait l'intention, connue de l'intermédiaire, de se borner au paiement d'une différence. Or, il ne faut pas l'oublier, la loi a été surtout faite pour les marchés conclus par un agent de change, c'est-à-dire par un intermédiaire; la jurisprudence dont on se préoccupait surtout, c'était celle qui réglait les rapports de l'agent de change et de son client, c'est-à-dire d'un intermédiaire et de son mandant. L'intention de jouer telle que les tribunaux l'entendaient daus cette hypothèse, voilà ce dont, aux yeux de la majorité de la commission du Sénat, la recherche serait désormais interdite; il ne fallait pas qu'on pût démontrer le caractère fictif d'une opération à terme dès lors qu'il y aurait engagement véritable de livrer la chose vendue et de payer le prix; c'était la preuve du caractère fictif ainsi compris qui ne pourrait plus être administrée.

Le rapport de M. Naquet déclare couverts par la présomption légale les marchés contractés selon les règles : ces marchés contractés selon les règles, ce sont les transactions dans lesquelles l'obligation de livrer les titres et les marchandises et celle de payer le prix ont été réellement contractées. Les transactions qui ne contiennent pas ces obligations sont des opérations tout à fait en dehors des règles des marchés à terme ou à livrer ; elles ont un caractère anormal, exceptionnel ; en présence de conventions de ce genre, la commission du Sénat maintenait l'exception de jeu.

M. Naquet parle aussi des marchés suivant la forme ordinaire, suivant les formules ordinaires : ces expressions, qui dans le rapport sont synonymes de marchés contractés selon les règles, désignent également des marchés véritables. En d'autres termes,

Digitized by Google

la commission du Sénat ne rejetait l'exception de jeu que dans le cas où la transaction renfermait réellement les obligations constitutives d'un marché à terme ou à livrer.

Et, même avec cette portée restreinte, le projet de la commission du Sénat n'en était pas moins une transformation très importante du régime adopté par la jurisprudence. Aussi quand la minorité de la commission prétendait que la nouvelle rédaction du projet de loi laissait subsister en entier l'état de choses admis par la pratique, la majorité insistait avec raison sur la défense désormais faite au juge d'accueillir l'exception de jeu lorsqu'il n'y aurait pas dès le principe un engagement de simple différence. Cette défense, qu'il était d'ailleurs fort inutile de rattacher à l'idée d'une présomption légale, et qui découlait directement et sans effort du texte du projet, modifiait profondément l'état de choses auquel le législateur voulait porter remède.

Au reste, il convient de le remarquer, si l'exception de jeu était maintenue par la commission du Sénat quand une convention avait réduit *ab initio* l'opération à un simple paiement de différence, ce n'était pas à dire que dans cette hypothèse l'action en justice dût toujours être repoussée, et que ces conventions fussent frappées d'une condamnation générale. Il peut s'en trouver parmi elles qui n'aient pas le caractère de jeu; M. Naquet en cite un exemple [1]; les tribunaux auraient, confor-

[1] « Je suppose, disait un membre de la commission, que je fasse aujourd'hui une opération commerciale avec l'Angleterre. Je m'engage à prendre livraison, à un mois de date, d'une certaine quantité de matières premières au prix de 10,000 livres sterling. Je vends en même temps à deux mois de date la quantité équivalente de matière fabriquée. Prix d'achat et de vente sont fixés; je connais mes prix de fabrication; mon bénéfice est nettement déterminé..... à une condition cependant, c'est que je m'assurerai contre les variations du change sur Londres. Si je ne prends pas cette précaution, je puis voir mon bénéfice s'accroître si le change baisse; mais je suis exposé à le voir diminuer et même se transformer en perte si c'est une hausse qui survient..... Il faut donc que je m'assure; je vais pour cela trouver un banquier à qui je demande de s'engager à me donner 10,000 livres sterling à l'époque voulue, à un prix dès aujourd'hui convenu..... Seulement comme à l'échéance je puis avoir intérêt à liquider cette opération par une compensation faite sur la place de Paris ou de Londres, et, par suite, n'avoir pas besoin de mes livres sterling, je stipule avec mon banquier que la livraison

Digitized by Google

mément au droit commun, un pouvoir d'appréciation; ils verraient s'il y avait là une convention sérieuse à laquelle la société dût accorder plein et entier effet, ou un simple jeu dont elle n'eût pas à connaître [1].

En résumé, la commission du Sénat rejetait l'exception de jeu lorsqu'en matière ordinaire il n'y aurait pas un pari. Mais elle l'admettait quand l'opération est un pari selon le droit commun.

Et ce système, qui a été adopté par le Sénat, a été accepté ensuite par la Chambre des députés. M. Peulevey proteste énergiquement, au nom de la commission de la Chambre, contre toute intention d'écarter l'exception de jeu quand il y a *un pari, un véritable pari*. Quand l'exception de jeu est-elle rejetée par la commission? Quand intervient la présomption légale sur laquelle elle insiste à son tour? Quand il n'y a pas un *pari véritable*, c'est-à-dire quand on se trouve en présence d'une de ces opérations qui étaient qualifiées de paris bien qu'il y eût obligation réellement contractée de livrer les titres ou les marchandises et de payer le prix, bien qu'en un seul mot il n'y eût pas un pari selon le Code civil. Y a-t-il, au contraire, un pari selon le droit commun, l'action en justice est refusée, et l'art. 1965 du Code civil, que la commission n'entend nullement abroger, reçoit son application.

On objecte que M. Peulevey parle d'opérations qui ont la forme d'un pari, et déclare l'exception de jeu recevable seulement pour ces opérations; elle est donc rejetée à ses yeux, dit-on, pour les paris déguisés sous la forme ordinaire d'un marché à terme ou à livrer. C'est, je crois, se méprendre sur la pensée du rapporteur; M. Peulevey, après avoir employé l'expression *marché sous la forme d'un pari*, s'explique à deux reprises d'une manière très catégorique, et dit que l'action en justice est refusée quand il y a *pari, véritable pari :* ces deux expressions précisent le sens et la portée de la première.

D'ailleurs le rapporteur de la Chambre des députés, pour rendre

de ces dix mille livres n'aura pas lieu et que la liquidation se fera entre nous par un solde de différence. A un point de vue d'ensemble ai-je joué? Non..... » Rapport de M. Naquet à la Chambre des députés, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 2218.

[1] Rapport de M. Naquet au Sénat, *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 562.

Digitized by Google

compte de la substitution des mots *se résoudraient* aux mots *devraient se résoudre*, reproduit textuellement les paroles de M. Naquet. Il adopte donc l'interprétation de la loi telle qu'elle a été fournie par le rapporteur du Sénat. Or, il résulte nous l'avons vu, du rapport fait au Sénat que la substitution opérée a eu pour but de maintenir l'exception de jeu toutes les fois qu'il y aurait un pari suivant le Code civil. Ce sens de la rédaction et du vote du Sénat est aussi le sens du vote de la Chambre des députés. La Chambre a accepté purement et simplement le projet du Sénat et la pensée qui l'avait inspiré.

Il est vrai que ce projet différait sensiblement de celui que la Chambre avait d'abord voté. La Chambre des députés, considérant combien il était difficile de discerner en fait où finit la spéculation, où commence le jeu, avait écarté l'exception de jeu en matière d'opérations sur titres et sur marchandises par cela seul que la transaction aurait l'aspect d'un marché à terme ou à livrer: elle avait écarté l'exception de jeu non-seulement dans le cas où l'obligation de livrer les effets ou les marchandises et celle de payer le prix seraient réellement contractées, mais encore dans le cas où un engagement de simple différence se déguiserait sous les formules d'un marché à terme ou à livrer, et même quand il serait conclu ouvertement, mais que la convention contiendrait la fiction de l'un de ces marchés. Le Sénat ne put pas se résoudre à déclarer légaux tous les engagements de simple différence qui se présenteraient sous la physionomie d'un marché à terme ou d'un marché à livrer; il préféra laisser au juge, chaque fois qu'une convention aurait établi dès le principe le règlement par différence, un pouvoir d'appréciation. C'était courir sans doute le risque de voir les tribunaux rejeter quelquefois une action intentée pour l'exécution d'une convention qui serait un acte de spéculation; mais aux yeux du Sénat il valait encore mieux s'exposer à ce danger que donner force légale à des conventions qui constitueraient une opération de jeu. En un mot la Chambre, pour mieux protéger la spéculation, avait consacré le jeu; le Sénat proscrivit le jeu au risque d'atteindre quelquefois la spéculation.

Mais le Sénat et la Chambre des députés comprenaient la spéculation d'une manière également large, les deux Chambres

Digitized by Google

voyaient une spéculation dans des hypothèses où, d'après l'opinion qui triomphait en jurisprudence, la loi voyait jusqu'alors un simple jeu ; elles admettaient qu'il y avait spéculation toutes les fois que les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer avaient été réellement conctractées. Et comme en définitive la Chambre des députés ne consacrait pas le jeu pour lui-même, mais uniquement afin de mieux couvrir la spéculation, elle s'est ralliée au système du Sénat : il lui suffisait d'être d'accord avec le Sénat sur le fond de la réforme, qui consistait à déclarer légales toutes les opérations ayant le caractère de la spéculation et à réagir contre la proscription dont un certain nombre d'entre elles étaient frappées.

M. Peulevey affirme même que la Chambre des députés n'avait jamais eu l'intention de donner force légale aux opérations qui constituaient de véritables paris, et que le changement apporté par le Sénat à la rédaction de la Chambre des députés était un simple changement de mots sans aucune influence sur le sens de la phrase. Mais c'est là une assertion qu'on est en droit de contredire. Le projet voté par la Chambre des députés portait, nous le savons, que nul ne pourrait, pour se soustraire aux obligations résultant d'un marché à terme ou à livrer, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil, alors même que le marché devrait se résoudre par le paiement d'une différence ; or, quand l'opération doit-elle juridiquement se résoudre par le paiement d'une différence ? Lorsque la convention n'emporte pas obligation de livrer les titres ou les marchandises et de payer le prix. La rédaction première votée par la Chambre des députés donnait donc force légale à des conventions qui, en droit commun, constituent un pari ; l'exception de jeu était écartée par cela seul que ce pari déguisé ou conclu ouvertement, se présenterait sous la physionomie d'un marché à terme ou à livrer. Les opérations de ce genre étaient munies de l'action en justice de même que celles qui sont réellement des marchés à terme ou à livrer ; elles n'ont cependant que l'apparence de ces marchés (et encore cette ressemblance extérieure est-elle plus ou moins complète) ; mais la Chambre, par les mots *devraient se résoudre*, montrait qu'elle attribuait aux expressions *marchés à livrer*, *marchés à terme*,

Digitized by Google

un sens très étendu. Et cette interprétation est confirmée par le rapport qui avait précédé le vote. D'après ce rapport, qui fut le premier rédigé en notre matière par M. Naquet, la commission de la Chambre n'avait fait que reprendre une proposition repoussée par la commission extra-parlementaire qui avait été chargée de soumettre au gouvernement un projet de loi sur les marchés à terme ; cette proposition consistait à déclarer légale toute opération ayant l'aspect d'un marché à terme, que cette opération fût ou non un véritable pari, et que le pari fût ou non dissimulé[1]. Le premier projet qui fut voté par la Chambre des députés était donc, quoi qu'en dise M. Peulevey, tout autre que le projet voté ensuite par le Sénat, et auquel la Chambre s'est ralliée. Il convient toutefois de retenir l'assertion de M. Peulevey ; elle fait voir que du moins en 1885, lors du vote de la rédaction définitive, de la rédaction qui est le texte même de la loi, la Chambre entendait refuser toute protection aux opérations qui sont un pari d'après le Code civil ; elle montre une fois de plus que la Chambre acceptait le projet tel qu'il sortait des mains du Sénat, et avec le commentaire fourni par le rapporteur du Sénat.

En un mot, la Chambre, en dernier lieu, s'est prononcée, comme le faisait le Sénat, pour l'admission de l'exception de jeu dans les cas où une convention réduit *ab initio* l'opération au paiement d'une différence ; les transactions de ce genre ne sont pourvues d'action que si le juge estime l'opération sérieuse.

Celui qui invoque l'exception de jeu peut donc démontrer que l'obligation de livrer les titres ou les marchandises et celle de payer le prix n'ont pas été réellement contractées ; et il administre sa preuve par les moyens admis en droit commun. Cette preuve faite, l'exception de jeu n'est pas d'ailleurs nécessairement accueillie ; le juge a un pouvoir d'appréciation et voit si l'opération peut, à raison des circonstances, être considérée comme sé-

[1] La proposition était ainsi conçue : « Nul ne peut, pour se soustraire à l'exécution des obligations qui résultent des marchés à terme, se prévaloir de l'art. 1965 du Code civil. » Et elle avait pour but, comme l'explique le rapport de M. Lyon-Caen, de rejeter l'exception de jeu par cela seul que l'opération était « qualifiée du nom de marché à terme. » *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 1572 ; *Revue critique*, 1882, p. 468.

Digitized by Google

rieuse, ou si elle constitue un simple jeu. Tel est le système de la loi de 1885.

Au reste, je reconnais que ce système, qui n'est que l'application du droit commun, protège insuffisamment la spéculation ; le juge, quand il recherche si les obligations dont se compose un marché à terme ou à livrer ont été réellement contractées, peut se tromper dans son appréciation et voir un engagement de simple différence là où il y a un marché véritable ; il peut aussi arriver que les tribunaux considèrent comme une opération de jeu tel engagement de simple différence qui constitue en réalité une opération sérieuse. Si la loi avait voulu donner pleine et entière sécurité aux transactions, elle aurait dû, cela est incontestable, écarter d'une manière absolue l'exception de jeu en matière d'opérations de Bourse et épargner au juge la nécessité d'une appréciation souvent très délicate. Mais on n'aurait pas le droit de s'armer de cette considération pour soutenir que la manière dont j'interprète la substitution des mots *se résoudraient* aux mots *devraient se résoudre* ne traduit pas la véritable pensée du législateur. Les dangers du système qui a triomphé, le législateur ne les a pas ignorés, mais il n'a pas cru devoir s'arrêter devant l'objection, et il a passé outre. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, s'il n'a pas supprimé l'exception de jeu en matière de Bourse, il a soigneusement restreint le domaine attribué à cette exception par la jurisprudence, et que les juges ne feront que se conformer à l'esprit de la loi nouvelle en accueillant avec réserve l'exception de jeu, tout au moins en voyant difficilement dans l'opération soumise à leur examen un engagement de simple différence.

(*La suite prochainement*) P. LACOSTE.

BIBLIOGRAPHIE

HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS DE LA FRANCE [1],

Par M. E. Glasson, membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Compte-rendu par M. Larnaude, Prof. agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les lecteurs de la *Revue critique* n'ont pas oublié le premier

[1] Tomes II et III (*Epoque franque*).

Digitized by Google

volume de l'ouvrage de M. Glasson sur l'*Histoire du Droit et des Institutions de la France* qui était consacré aux périodes préhistorique, gauloise et gallo-romaine. Ce sont deux volumes nouveaux que M. Glasson offre au public sur la période franque, deux volumes compacts, au texte serré, aux notes nombreuses, aux indications bibliographiques tout à fait abondantes. Désormais, soit au point de vue du droit public, soit au point de vue du droit privé, nous aurons, en langue française, une œuvre capitale sur cette période obscure du haut moyen-âge. Dans un précédent compte-rendu [1], je faisais allusion à la masse de dissertations consacrées aux origines gauloises. Ce n'est rien à côté des innombrables écrits qu'a fait éclore l'étude de la période germanique. C'est qu'ici il ne s'agit pas seulement des origines de notre droit. Le caractère de cette période germanique est d'être commune, comme l'époque romaine, à l'histoire du Droit de la plupart des peuples de l'Europe occidentale. Aussi, a-t-elle été étudiée, comme le dit M. Glasson, « avec un véritable engouement [2]. » Les Allemands, surtout, qui ont la sagesse de ne rien répudier de leur passé, qui le font même servir, au risque de le dénaturer [3], à l'exaltation de leur patriotisme, ont fouillé avec une véritable passion cette partie de leurs antiquités nationales. Traités généraux, dissertations spéciales, publications de textes, rien ne manque à ce mouvement scientifique d'une activité vraiment surprenante. Le malheur est qu'avec ce luxe de documents et de recherches on est loin d'être d'accord, je ne dirai pas, sur les détails, mais sur les points essentiels de l'organisation qu'on essaye de faire revivre. Sur la nature de l'établissement des Barbares dans l'Empire romain, sur la forme de leur gouvernement et leur organisation judiciaire, sur l'influence qu'a pu avoir leur droit privé dans l'élaboration de la législation postérieure, sur une foule d'autres points encore, on rencontre les affirmations et les systèmes les plus contradictoires. A quoi cela tient-il? C'est qu'il

[1] *Revue crit. de législ.* 1887, p. 675.

[2] Glasson, *Hist. du Droit et des Instit. de la France*, tome II, *Epoque Franque*, avertissement. p. V.

[3] Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France. La monarchie Franque*, p. 31.

Digitized by Google

s'est livré et qu'il se livre encore dans cet ordre d'études un véritable combat soit de partis politiques, soit de patriotismes nationaux [1]. Ces préoccupations *a priori*, jointes à l'obscurité, d'ailleurs réelle, des sources ont amené dans les systèmes une véritable anarchie. Un des caractères du livre de M. Glasson, c'est qu'il essaye de réagir contre ces partis pris et tâche de concilier ces opinions contraires qui, quelquefois, comme il le dit, « contiennent toutes une part de la vérité et ne deviennent erronées que dans la mesure où elles s'excluent. » Mais quel difficile problème que celui tenté par le savant membre de l'Institut! Mettre d'accord des gens qui souvent ne veulent pas s'entendre! On y risque de ne satisfaire personne, on s'y expose à des reproches de contradiction! Mais on a au moins le grand mérite de mettre sous les yeux des lecteurs toutes les données du problème, et de lui permettre ainsi un choix plus réfléchi. Ce n'est pas d'ailleurs un mince mérite que de dégager les points définitivement acquis et de préparer pour les autres les éléments possibles d'une solution.

Dans ces deux volumes consacrés à la période franque, M. Glasson embrasse la pluralité des matières du Droit public et privé dans une série de chapitres qui correspondent pour les divisions essentielles à ceux du précédent volume consacré aux origines gauloises et romaines. Le lecteur peut ainsi reconstituer assez facilement l'histoire d'une même matière dont l'exposition s'est trouvée coupée par suite de la division en périodes adoptée par l'auteur. C'est ainsi que M. Glasson étudie successivement les sources du droit, le gouvernement et l'administration, la condition des personnes, le droit civil, l'organisation judiciaire, la procédure et les preuves, le droit criminel, l'Église et l'État. L'ordre même dans lequel ces chapitres se suivent nous suggère une première observation. Pourquoi rejeter tout à fait à la fin la question des rapports de l'Église et de l'État? C'est le besoin de symétrie qui a sans doute imposé cet ordre à M. Glasson. Il avait, dans le précédent volume, exposé cette matière (la religion et l'État) à cette même place. Il s'est cru obligé d'adopter le même plan dans les volumes que nous

[1] Fustel de Coulanges, *op. et loc. cit.*

Digitized by Google

analysons. Mais outre que dans l'exposé des origines gauloises et romaines, cette place n'était peut-être pas très bien choisie, dans l'étude des origines germaniques le défaut devient encore plus sensible. Tout est alors imprégné de l'esprit théocratique, l'Église et l'État sont « deux puissances mêlées, enchaînées, enchevêtrées l'une dans l'autre [1]. » On est quelque peu étonné lorsqu'on a parcouru les longs et intéressants détails relatifs au gouvernement et à l'administration de ne trouver qu'après le droit civil, après la procédure, après le droit pénal, les développements consacrés à l'organisme qui prend une place prépondérante dans le gouvernement des hommes et la direction de la société. Et ici je suis obligé de revenir à cette question de méthode sur laquelle je m'étais expliqué dans mon compte-rendu du premier volume [2]. J'avais critiqué la division en périodes, mais en reconnaissant que, pour les questions d'organisation politique et administrative, elle offrait certains avantages. La vie individuelle ou de famille et le droit privé qui y correspond ne se modifiant que très lentement, il est, je crois, préférable de ne pas en morceler l'étude. Mais il en est autrement de la vie corporative ou sociale. Sur ce point les différentes époques de la vie d'un peuple offrent des contrastes quelquefois assez accusés. Quelle différence, par exemple, entre la conception romaine de l'Etat et celle de la féodalité, entre l'État franc et la monarchie du XVIIe siècle? Le grand avantage de la division en périodes est de permettre d'accentuer comme il convient les caractères saillants de l'idée et du rôle de l'État à tel ou tel moment de son développement historique. Mais, à ce point de vue, je dois ajouter que la symétrie absolue des chapitres ne me paraît pas indispensable. Je dirai même qu'elle est plutôt nuisible. Lorsque le patronage, par exemple, sous une forme ou sous une autre, joue un rôle considérable, on peut ne pas faire les honneurs d'un chapitre ou d'une section à des institutions qui, dans une conception de l'État plus avancée, offriraient une véritable importance. Ce qu'il importe, c'est de dégager les caractères saillants qui donnent une idée d'ensemble suffisamment nette,

[1] Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 510.

[2] *Rev. crit.* 1887, p. 675.

Digitized by Google

c'est de mettre au premier plan et bien en relief les parties vitales de l'organisme social ou politique que l'on décrit. Avec des chapitres exactement symétriques les périodes ont l'air de se ressembler d'une façon presque complète. M. Glasson corrige d'ailleurs l'inconvénient que présente sa méthode en notant avec grand soin, à leur place, les modifications survenues. Il n'en reste pas moins que l'impression produite n'est ni aussi frappante, ni peut-être aussi vraie que celle qu'on obtiendrait autrement.

Ce qui, dans le livre de M. Glasson, ne mérite que des éloges, ce sont les parties consacrées aux matières juridiques proprement dites, le droit privé, judiciaire et pénal. Les chapitres sur les sources du droit, l'organisation judiciaire, la procédure, les preuves, le droit pénal, la condition des personnes, et ce long chapitre VI qui, à lui seul, constitue un traité complet de droit civil germanique, sont de la plus haute valeur. Aucune partie essentielle n'est omise, les innombrables travaux de l'érudition allemande ont été dépouillés et les résultats de toutes ces recherches notés avec exactitude, critiqués au besoin et remplacés quelquefois par des constatations personnelles, neuves et originales. Les renseignements bibliographiques si complets dont M. Glasson fait précéder chaque chapitre permettront d'ailleurs à ceux qui voudraient faire une étude tout à fait approfondie de trouver rapidement tous les matériaux nécessaires. A ce point de vue on pourrait dire que le livre de M. Glasson pêche presque par trop d'abondance. Peut-être aussi serait-il préférable, comme procèdent M. Viollet, M. Brunner, de mettre en tête, non pas de toute une série de matières comme le droit civil, par exemple, mais de chacun des sujets qui y sont renfermés, l'indication des ouvrages ou articles qui s'y réfèrent. Le répertoire bibliographique devient ainsi bien plus facile à manier.

Je ne voudrais pas oublier, avant de terminer ce compte-rendu, de signaler une particularité des nouveaux volumes de l'ouvrage de M. Glasson qui constitue une innovation fort heureuse. C'est, sur les parties importantes, la comparaison des institutions germaniques avec celles d'autres peuples aussi peu avancés qu'eux

[1] Viollet, *Précis du droit français;* — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*,

Digitized by Google

en civilisation. Les vieilles législations scandinaves, celles de l'Inde, la législation des Perses, l'ancien droit slave, fournissent ainsi d'utiles indications. M. Glasson a surtout mis à profit, pour pour établir ce parallèle, les remarquables études publiées par M. Dareste sur l'histoire de ces législations [1]. Rien de plus utile que cet examen comparatif. Il sert à réduire à néant, en particulier, cette allégation qu'on trouve si souvent chez les auteurs d'outre-Rhin, d'un génie propre à la race germanique. Il n'y a rien dans les institutions germaniques qui ne se retrouve chez tous les peuples d'origine indo-européenne arrivés au même degré de civilisation. Les Romains, eux aussi, ont traversé cette phase de culture grossière et primitive. Mais ils ne s'y sont pas attardés, ils se sont élevés bien vite à une notion plus épurée et plus pratique, plus large et plus rationnelle du droit considéré dans ses manifestations les plus diverses. Aussi nous permettra-t-on, en terminant ce compte-rendu d'un ouvrage considérable consacré aux origines barbares de notre droit, de constater, comme le fait d'ailleurs M. Glasson dans les premières lignes de son *avertissement*, que les institutions de la période franque sont loin d'offrir « un intérêt de premier ordre au point de vue de la formation de l'ancienne France. » Lorsque le droit français se constitue définitivement, sous la féodalité, si on fait abstraction de ce qui est resté de droit romain et de ce qu'a produit la législation canonique, si on met de côté aussi les institutions qui se sont développées spontanément, sous la pression des besoins nouveaux, et qu'on recherche ce qu'a apporté l'influence germanique, on trouvera sa part bien légère! Mais si légère qu'elle soit, il sera permis encore d'en regretter la présence. Plus on étudiera le droit barbare, plus on se convaincra de cette vérité que la destruction de l'Empire romain a été pour la civilisation la plus grande calamité qui se soit produite dans les temps historiques. Plus on interroge le droit romain et la conception romaine de l'État, plus l'esprit est frappé d'admiration pour une organisation dans laquelle nous avons puisé ce qu'il y a encore de plus solide et peut-être d'indestructible dans les institutions de la plupart des peuples européens. La conclusion se devine

[1] Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, 1888, in-8°.

Digitized by Google

aisément. Etudions le droit barbare comme objet de curiosité, en archéologues, tout au plus pour y rechercher quelques indications sur une phase particulière de l'histoire du développement juridique des peuples. Ne cessons, au contraire, de considérer le droit romain public et privé comme le fondement le plus solide de l'instruction du jurisconsulte et de l'homme d'État.

F. LARNAUDE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE [1],

(Livre III, titre V du Code civil),

Par M. L. Guillouard, avocat, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Caen, t. III (art. 1441 à 1539), et t. IV (art. 1540 à 1581),

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon

Les deux derniers volumes consacrés par M. Guillouard à la théorie du contrat de mariage avaient à peine paru, que déjà le succès avait témoigné de la justesse de nos éloges en ce qui concerne leurs devanciers, parvenus aujourd'hui à leur seconde édition. Cette bonne fortune est trop rare, pour n'être pas digne de remarque. Combien restreint est le nombre des auteurs qui, avant la complète éclosion de leur œuvre, voient leurs efforts couronnés et favorisés, et qui, sollicités par l'accueil empressé du public, se trouvent dans l'obligation d'en rééditer le début au moment même où ils en livrent la fin à la publicité ! M. Guillouard a, il est permis de le dire, récolté tout en semant, et l'abondante moisson de suffrages qu'il a recueillie, pour n'être qu'un juste tribut payé à la valeur de son *Traité*, est le plus beau et le plus flatteur des témoignages. Mais ces suffrages ont, selon nous, une portée plus haute, une signification plus lointaine : ils sont une forme précieuse d'un encouragement mérité et la manifestation d'une espérance qui, nous en avons l'intime conviction, ne sera pas déçue. Ils veulent dire que les admirateurs du regretté Demolombe, nous avons, par là, nommé tous les amis de notre droit civil, comptent plus que jamais sur le dévouement de son héritier scientifique pour achever l'œuvre commencée [2]. Elle est si religieusement poursuivie, qu'au nom près, il est impossible d'y

[1] Paris 1887-1888, 2 vol. in-8°.

[2] Les *Traités de la vente et de l'échange* qui doivent former 2 vol. in-8°, sont en préparation et paraîtront sous peu.

Digitized by Google

rencontrer la trace d'un continuateur, et que, semble-t-il, c'est toujours le même esprit qui pense, la même main qui trace les lignes sous la dictée du même écrivain; tant M. Guillouard a pris à cœur de pousser l'art d'une pieuse et consolante fiction jusqu'aux limites extrêmes, les plus proches de la réalité.

Nous ne saurions, sans dépasser le cadre restreint d'un simple compte-rendu, descendre dans les détails d'une analyse minutieuse. Bornons-nous donc ici à donner des deux volumes que nous avons sous les yeux, un aperçu général et à porter sur eux un jugement d'ensemble.

Le tome III nous conduit de la dissolution de la communauté au seuil du régime dotal, en nous faisant naturellement passer par les clauses modificatives de la communauté légale, par le régime de séparation de biens, et par le régime sans communauté. C'est assez dire que le chemin parcouru est vaste et que ce troisième volume offre un intérêt considérable, le régime de la communauté légale n'étant pas, d'ordinaire, celui sous lequel consentent à vivre les époux qui ont quelque fortune, et qui ont fait un contrat notarié; les modifications au droit commun sont fréquentes; la communauté réduite aux acquêts est de plus en plus en faveur; la clause de séparation des dettes antérieures au mariage se rencontre dans nombre de contrats; des conventions particulières sont très souvent insérées qui viennent déroger aux principes posés en matière de communauté légale. L'importance de connaître par le menu ces clauses modificatives, l'utilité de pouvoir les employer à bon escient se doublent de l'attrait que présente leur étude conduite avec science par un guide éclairé, familier avec les difficultés de la doctrine et très versé dans les données et les solutions de la pratique.

Du tome quatrième et dernier, qu'il nous suffise de rappeler qu'il traite du régime dotal. Le titre du sujet abordé, approfondi et envisagé sous ses faces multiples, montre pas lui-même, sans qu'il soit besoin d'insister autrement, que l'intérêt qui s'y attache ne le cède en rien à celui de ses aînés. Nul n'ignore les délicats problèmes qu'a de tout temps fait surgir ce régime matrimonial si caractéristique et si curieux à examiner et à confronter avec les autres, pour tirer du rapprochement et de la comparaison plus

Digitized by Google

d'un enseignement utile et fécond; et chacun sait quelles controverses non encore éteintes, quelles discussions toujours vivaces a suscitées sa consécration dans le Code civil, quelles luttes ont engendrées, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence, les difficultés journalières de tout genre que son adoption soulève à chaque pas. L'étude attentive d'un pareil régime s'impose donc, et le livre de M. Guillouard devient de la sorte indispensable à quiconque désire s'y adonner avec la certitude de la mener à bien. — Nous plaçant à un point de vue purement spéculatif, empressons-nous d'ajouter que sa lecture est, à l'heure actuelle, devenue d'autant plus essentielle pour ceux qui prendront part au concours ouvert par l'Académie des sciences morales et politiques sur le régime dotal, qu'elle sera pour eux d'un puissant secours et du plus réel profit.

Et maintenant que voilà jeté sur la fin de la grande et belle entreprise du disciple et de l'émule de M. Demolombe un coup d'œil qui, pour être discret, n'en donne pas moins un aspect suffisant, si nous essayons d'émettre une opinion sur elle, elle sera de tout point conforme à celle que nous avons eu l'occasion et le plaisir de porter sur le début [1]. Non pas, sans doute, que nous n'ayons quelques réserves à faire, que nous avons notées au cours de notre lecture. Mais, n'aurions-nous pas mauvaise grâce à formuler des critiques d'ailleurs sans gravité, qu'une voix plus autorisée que la nôtre a déjà signalées, dont une nouvelle et prochaine édition ne manquera pas de faire disparaître les causes et dont l'expression, sous notre plume, n'aurait d'autre but que celui de prouver la sincérité de nos éloges? Mieux vaut nous en tenir à eux et les justifier d'une manière plus aisée, en indiquant brièvement les principaux mérites du livre et les qualités hors de pair de son savant auteur. Ici, le choix seul devient embarrassant, car il est impossible de les relever tous. Au risque donc d'en laisser échapper de plus éminents, bornons-nous à noter au hasard ceux qui nous ont plus particulièrement frappé. Tout d'abord, M. Guil-

[1] V. à cet égard, dans cette même *Revue*, ce que nous avons écrit au sujet du t. II du *Traité du Contrat de mariage*, 1887, p. 540 et suiv., et comp. ce que nous avons dit du *Traité du contrat de louage*, *ibid.*, 1886, p. 323 et suiv.

Digitized by Google

louard a le don de la clarté, de la précision, de la netteté, servies par une excellente méthode. La parfaite sobriété et l'irréprochable concision de son style, loin de nuire aux développements, ne tendent qu'à mettre plus en relief la pensée maîtresse et l'argument dominant; qu'à répandre une lumière plus harmonieusement distribuée sur le détail; qu'à permettre à l'esprit de suivre plus à l'aise et sans fatigue, l'enchaînement des idées, sans se perdre dans le dédale des motifs allégués; d'avoir enfin une perception plus rapide et plus facile de la pensée exprimée. Une grande perspicacité est mise sans cesse au service d'un discernement éclairé, d'une claivoyance judicieuse, et d'une rectitude de jugement presque toujours infaillible. Les difficultés sont abordées avec franchise, et à part quelques rares omissions, elles sont prévues, discutées et tranchées avec autant d'habileté que de pénétration. D'autre part, M. Guillouard ne se contente pas d'expliquer la loi qui nous régit et d'analyser une jurisprudence qui entre à maintes reprises en conflit avec elle, et, semblable à l'édit prétorien, n'est pas sans s'ériger en rivale des textes législatifs, que des nécessités pratiques lui font a l'occasion plier pour les accommoder aux besoins et aux faits économiques nouveaux; il lui arrive parfois, au plus grand profit de tous, d'émettre ses vues personnelles sur les réformes à faire ou sur les réformes projetées et sur les innovations proposées. Ainsi se complète le jurisconsulte, qui n'est vraiment digne de ce nom que si à la science du passé, à la connaissance du présent, il joint l'essor qui le lance vers l'avenir; s'il se sent assez de souffle pour sonder cet avenir avec prudence et discrétion et pour rechercher le meilleur procédé qui lui permettra de donner à la fois satisfaction aux besoins du moment et aux aspirations nouvelles. Enfin, tout en continuant son illustre maître, M. Guillouard a eu l'art de rester lui-même et de conserver son indépendance propre. — Ne sont-ce pas là plus de qualités qu'il n'en faut à un auteur pour fonder sa réputation d'un maître; pour justifier l'accueil empressé de tous, école, magistrature, barreau, gens de pratique; pour expliquer le rapide succès de l'œuvre; pour autoriser enfin un de ses plus modestes critiques à envier à la Faculté à laquelle il a l'honneur d'appartenir, la bonne fortune de posséder dans son sein le disciple d'une gloire

Digitized by Google

disparue, mais non éteinte, l'émule qui, pour entretenir le droit et le culte du maître, s'efforce avec succès de combler le vide que sa mort avait creusé.

P. LOUIS-LUCAS.

MANUEL DES DÉLAIS EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE, COMMERCIALE, CRIMINELLE ET ADMINISTRATIVE,

Par M. E.-H. MANCELLE, avoué-licencié à Rochefort-sur-mer [1].

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Le but du petit volume publié récemment par M. Mancelle est de fournir des renseignements rapides et brefs sur la matière délicate et compliquée des délais. Le sujet est traité dans son ensemble. L'auteur envisage, en effet, non seulement les délais de la procédure civile et commerciale, mais aussi ceux de la procédure criminelle et de la procédure administrative. De là, les deux parties bien tranchées, — la première, de beaucoup la plus importante, — dans lesquelles se divise l'ouvrage; elles sont précédées d'une introduction et d'un chapitre préliminaire consacré à des généralités sur les délais et sur les effets de leur inobservation. — Si la discussion n'a pas trouvé place dans le livre, en revanche, tous les éléments qui lui sont nécessaires sont indiqués avec une netteté et une clarté remarquables dans de courts paragraphes. On sent que l'auteur est un praticien consommé, qui veut nous faire profiter de son expérience, et dont la compétence toute spéciale donne une grande valeur et beaucoup d'autorité aux principes posés. Son principal mérite, à nos yeux, est d'avoir dépouillé avec soin tous les recueils où se trouvent disséminées les questions se rattachant à son sujet, et d'avoir su les condenser, avec une rare précision, dans soixante-neuf chapitres se rapportant à chaque procédure civile ou commerciale, et dans huit chapitres relatifs à la procédure criminelle ou administrative. Des renvois aux sources doctrinales, en particulier aux grands travaux de Carré et Chauveau et de MM. Rousseau et Laisney, et aux recueils les plus autorisés comme les plus usuels de jurisprudence, permettent de contrôler les solutions

[1] Paris, 1888, 1 vol. in-8.

Digitized by Google

proposées, et surtout d'approfondir les différents problèmes qui les appellent. Chaque acte de procédure est l'objet d'un chapitre consacré aux délais que la loi oblige à observer; puis, à propos de chaque délai, l'auteur examine avec la plus scrupuleuse attention sa nature, sa computation, son point de départ, son caractère de franc ou non, sa qualité de fatal ou non, sa sanction. Si l'on songe à l'incroyable quantité de délais dont doit tenir compte la pratique des affaires contentieuses; si l'on réfléchir que l'inobservation de ces délais a pour conséquence soit des nullités, soit des forclusions, soit des amendes, soit des dommages-intérêts contre les officiers ministériels, ou bien encore des subrogations dans les poursuites, il sera aisé de comprendre l'étendue du service que M. Mancelle a rendu en jetant le jour sur cette matière complexe, et en débrouillant l'un des plus difficiles écheveaux de notre procédure moderne. Aussi bien, ne doutons-nous pas que l'avocat et l'homme d'affaires ne soient heureux d'avoir sous la main un traité où sont brièvement réunis tous les renseignements suffisants. L'avoué et l'huissier tireront surtout profit de cet utile travail, dont ils ne manqueront pas de faire leur *vade mecum*. Il leur semblera d'autant plus indispensable, que c'est le seul qui ait paru jusqu'à ce jour sur les délais et, d'un autre côté, qu'il renferme tous les documents juridiques et l'état actuel de la jurisprudence sur un sujet capital et dont la connaissance exacte importe, en raison même des responsabilités qui peuvent se trouver engagées. Ajoutons enfin que la table alphabétique et analytique des matières, qui termine cette intéressante monographie, en rend le maniement facile, et, en abrégeant les recherches, fait d'elle une œuvre essentiellement pratique pour tous les degrés de la hiérarchie judiciaire.

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DE LA JURISPRUDENCE CIVILE,

Par M. O. Flurer, Professeur à la Faculté de droit de Lyon.

Communauté, succession échue, partie mobilière, partie immobilière à l'un des époux, effet du partage.

Lorsqu'une succession partie mobilière, partie immobilière échoit à une personne mariée sous le régime de communauté, on doit, pour déterminer les biens acquis à la communauté, s'attacher à la proportion existant entre les meubles et les immeubles dans la succession et non aux résultats du partage (Trib. de l'Empire d'Allemagne, 30 mars 1886, S. 88. 4. 3).

La jurisprudence française admet sur cette question une solution différente : le partage est-il fait en nature, les droits de la communauté seront déterminés par le résultat du partage. Si au contraire le conjoint héritier reçoit une soulte, cette somme d'argent entre ou n'entre pas en communauté suivant que les valeurs qu'elle représente devaient ou non y tomber.

Encore que la question soit délicate, nous préférons la solution de la jurisprudence française qui a le mérite d'une plus grande simplicité pratique : les droits des époux et de la communauté sont immédiatement fixés par le partage, qui, dans le système adopté par le tribunal allemand, pose simplement les bases d'une liquidation à faire entre les époux et la commnnauté.

Mais nous croyons que la jurisprudence française a compromis le succès de sa thèse en la présentant comme une application directe et nécessaire de l'art. 883. Edicté pour éviter des recours entre copartageants, l'art. 883 s'appliquera aux rapports d'un copartageant avec ses copartageants ou avec les ayant-cause de ces derniers ; mais il sera étranger aux rapports d'un des copartageants avec ses propres ayant-cause, étranger, par conséquent, aux rapports de l'époux héritier avec son conjoint et la communauté. La démonstration a été faite, et d'une manière péremptoire à notre avis, par M. Colmet de Santerre (*Cours analytique*, t. VI, nº 36 *bis* II

Digitized by Google

et III. V. aussi une note de M. Villey *in* Sirey, 1881. 2. 113).

Il ne s'agit pas de faire une application impérative de l'article 883, mais bien d'interpréter le contrat de mariage, ou la loi qui en tient lieu. Est-il téméraire de supposer que les époux qui ont accepté le régime de communauté et l'attribution à la masse commune des meubles qui viendraient à leur échoir par succession ont d'avance consenti à composer la communauté d'après le résultat du partage? Les droits de la communauté seront alors déterminés par le résultat du partage, non pas en vertu de l'article 883, mais en vertu de la convention des époux.

Si l'époux héritier est rempli de ses droits par une soulte en argent payée par un copartageant, cette soulte ne tombera dans la communauté que pour autant qu'elle représentera des meubles : car cette soulte n'est pas une valeur de l'indivision, et dans les rapports des époux entre eux, elle ne peut être considérée que comme le prix de l'abandon des droits de l'héritier dans la succession.

Nous croyons qu'en portant la question sur ce terrain, la jurisprudence donnerait à son système une base plus solide.

Communauté, séparation de dettes.

Lorsqu'une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, avec exclusion des dettes antérieures au mariage, a fait apport d'une créance de somme d'argent résultant d'une donation antérieure au mariage, laquelle somme est tombée en fait dans la communauté, si cette donation est ensuite sujette à réduction pour cause d'atteinte à la réserve du donateur, le mari ne peut pas refuser de rendre les sommes que la communauté a reçues sous prétexte qu'il s'agirait d'une dette antérieure au mariage (Paris 18 février, Sirey, 88. 2. 225).

La Cour motive sa solution sur ce que l'obligation de restituer ne prenant naissance qu'à l'ouverture de la succession, se trouve dans l'espèce, être une obligation postérieure à la célébration du mariage, et que la clause de séparation de dettes (qui ne s'applique qu'aux obligations antérieures au mariage) ne saurait exclure de la communauté.

Digitized by Google

Le motif donné par la Cour de Paris est certainement inexact : la donation doit être considérée comme faite sous condition résolutoire de la réduction (art. 929 et 930), dès lors l'obligation de restituer date du jour même de la donation. Ce qui est reporté à l'ouverture de la succession, c'est l'accomplissement de la condition, mais non la naissance même de l'obligation.

Il peut paraître conforme à l'équité d'admettre la solution consacrée par la Cour : Si la donation avait eu pour objet un immeuble attribué à la communauté par une clause d'ameublissement, assurément la communauté (art. 929 et 930) aurait dû subir l'effet de la réduction ; — pourquoi en serait-il autrement lorsque la donation a eu pour objet une somme d'argent? — Mais au point de vue juridique, on ne peut rien conclure de ce rapprochement. Dans le premier cas l'action en réduction réfléchira contre la communauté en vertu de la règle : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* mais partout où ce principe (spécial aux transmissions de droits réels) cesse d'être applicable, l'action en réduction ne peut avoir aucun effet contre les ayant-cause du donateur.

La règle que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui » (*versio im rem*), ne saurait davantage fournir un principe d'action contre la communauté qui a profité de la donation. Cette maxime ne fait que mettre sous une forme pratique destinée à en mieux faire ressortir l'équité, la règle que nulle acquisition ne peut se réaliser sans un motif juridique suffisant. Or quand une convention régulière a fait passer l'enrichissement dans les mains d'un tiers (la communauté) le tiers ne la détient pas sans cause. Peu importe l'origine des valeurs qui lui ont été transmises : il ne connaît que son auteur, les relations de ce dernier avec d'autres personnes lui sont étrangères. Pour ce qui le concerne, l'accroissement de son patrimoine est justifié au point de vue moral et juridique.

M. Labbé dans ses observations sur notre arrêt (*loc. cit.*) a cherché dans un autre ordre d'idées la démonstration que les motifs de l'arrêt ne donnent pas :

... « Nous ne doutons pas de la vérité de la solution. Elle se « justifie beaucoup mieux par une interprétation de la volonté

Digitized by Google

« des époux. La clause de séparation de dettes a pour but « d'affranchir la communauté des dettes qui grèvent la personne « et les biens pris en masse. Elle doit recevoir exception relati- « vement aux dettes qui sont unies au sort d'un bien particulier, « qui au sujet de biens mobiliers remplissent l'office d'une con- « dition résolutoire de la propriété.

« Cette considération restrictive des effets de la séparation de « dettes a été présentée par les auteurs en vue d'autres hypo- « thèses. Les dettes grevant une succession mobilière ouverte « avant le mariage, acceptée depuis cette époque, ne se séparent « pas de l'actif de cette succession, elles pèsent sur la commu- « nauté en ce sens qu'elles diminuent l'actif successoral dévolu à « la communauté. Elles sont pourtant antérieures au mariage, « car l'acceptation rétroagit au jour de l'ouverture. Mais l'actif « et le passif d'une succession sont des éléments connexes que « les parties n'ont certainement pas voulu isoler l'un de l'autre. « — Nous nous inspirerons de la même pensée. »

L'explication proposée par notre éminent collègue nous laisse une hésitation : l'obligation de la communauté aux dettes des successions antérieures au mariage est contestée. Admettons-la cependant. Nous comprenons très bien qu'on interprète la convention des époux dans le sens d'une obligation aux dettes imposée à la communauté; la succession comprend un actif et un passif dont l'héritier se trouve simultanément investi; il n'est pas douteux que l'héritier qui accepte la succession doive en payer les dettes, et il est très naturel que les parties aient entendu que l'acquisition de la communauté porte seulement sur le reliquat actif. Mais la situation prévue par l'arrêt est bien différente. Au moment de la célébration du mariage l'un des époux possédait dans son patrimoine une créance de... dont la communauté a encaissé le montant; cette créance figure parmi les apports de l'époux, c'est un des éléments de la dot, du capital destiné à assurer la prospérité de la famille. Sans doute à côté de cette créance il existe une obligation corrélative d'en restituer le montant si le donateur a excédé sa quotité disponible; mais cette obligation est conditionnelle, problématique. Est-il certain que les époux l'aient prise en considération et aient entendu

Digitized by Google

par exception imposer à la communauté le paiement de cette dette? Lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte avant le mariage, l'actif et le passif de cette succession sont l'un et l'autre présents : ils s'offrent aux époux en regard l'un de l'autre comme les deux feuillets d'un compte inscrit sur le grand-livre ; et il est tout naturel que la pensée des contractants se porte immédiatement sur la différence, sur la balance qui sera seule acquise à la communauté. Dans notre espèce l'obligation de restituer, incertaine et éloignée, se présente à la pensée des parties d'une manière beaucoup moins impérieuse, et il me paraît moins facile de leur supposer l'intention d'imposer la dette à la communauté.

Régime dotal. Inaliénabilité.

Les tribunaux ne peuvent-ils autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal en vertu de l'art. 1558 qu'autant que la femme n'a pas dans sa fortune paraphernale des ressources suffisantes pour subvenir à la dépense projetée?

Les frais exposés dans une demande en séparation de biens qui a pour but direct la conservation de la dot peuvent, même lorsque la femme succombe, être poursuivis sur cette dot.

Il en est de même des frais de la demande en séparation de corps qui a pour résultat la séparation de biens.

Les frais faits par l'avoué du mari sur une demande en séparation de corps ou de biens peuvent également être poursuivis sur les biens dotaux, surtout alors qu'il s'agit de frais se référant à une instance intentée dans des conditions telles qu'elle constitue un procès téméraire et un délit ou quasi-délit (Cass. 19 juillet 1887, D. 88. 1. 49, note de M. Poncet; S. 88. 1. 289, note de M. Labbé).

Les exceptions admises par l'art. 1558 ont-elles un caractère subsidiaire, et le tribunal saisi d'une demande d'autorisation à l'effet d'aliéner l'immeuble dotal doit-il ne permettre l'aliénation qu'autant que la femme n'a pas dans sa fortune paraphernale de quoi pourvoir à la dépense projetée? Nous ne le croyons pas : les art. 1555 et 1556 relatifs à l'aliénation de l'immeuble dotal pour l'établissement des enfants ne disent rien de pareil (Cf. cass. 11 et 18 février 1852, D. 52. 1. 88) et cette condition ne se

Digitized by Google

trouve pas davantage exprimée dans l'art. 1558. On peut objecter sans doute que le législateur a pu se montrer plus large dans le cas prévu par les art. 1555 et 1556, où la dot aliénée pour l'établissement des enfants reçoit un emploi conforme à sa destination même : mais ne peut-on pas en dire autant de plusieurs des hypothèses prévues à l'art. 1558, surtout des deux premières ?

Nous reconnaissons que le tribunal ne peut autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal qu'autant qu'elle est nécessaire : mais il ne résulte pas de là qu'il ne puisse l'autoriser qu'à défaut de toute autre ressource. La nécessité doit s'apprécier eu égard à l'ensemble de la fortune de la femme, aux ressources collectives du ménage. Que l'on suppose que la femme possède un immeuble paraphernal qui ne pourrait à raison des circonstances économiques se vendre que fort mal et un immeuble dotal susceptible d'être avantageusement aliéné; n'est-il pas vrai qu'il pourra être *nécessaire*, pour pourvoir à une dépense urgente, d'aliéner l'immeuble dotal? L'arrêt de la Cour de cassation ne s'est pas expliqué sur la question et a repoussé par des arguments de procédure le moyen tiré de ce que la Cour d'appel n'avait pas examiné si la femme n'aurait pu faire face à la dépense au moyen d'autres ressources (V. la note précitée de M. Labbé).

Les biens dotaux peuvent-ils être saisis pour le paiement des frais des instances dans lesquelles la femme a figuré? L'affectation des immeubles dotaux au paiement de ces frais peut se fonder sur deux ordres de principes :

1° Les frais peuvent avoir eu pour effet de conserver des biens dotaux; dans ce cas on peut admettre, par une interprétation très juste de l'art. 1558, 5e al., que la dot devra répondre du paiement de ces frais.

2° Il est possible qu'à raison des circonstances la demande formée par la femme ou sa résistance à l'action de son adversaire doive être considérée comme un délit ou un quasi-délit. La condamnation aux frais revêt alors le caractère d'une condamnation en dommages-intérêts à raison d'un délit ou quasi-délit. Et les obligations nées des délits au quasi-délits de la femme peuvent s'exécuter sur les biens dotaux. On est d'accord sur le principe,

Digitized by Google

encore que l'application donne lieu à de sérieures difficultés. (Cf. *Rev. crit.*, XI, p. 441, S. 88. 2. 134 et *ibi cit.*).

La jurisprudence a fait de ces règles une application de plus en plus large, et nous signalerons deux solutions qui découlent de notre arrêt et qui nous semblent excessives :

1° Les frais faits par la femme sur l'instance en séparation de biens peuvent être recouvrés sur les biens dotaux, encore que la demande de la femme ait été rejetée. Peut-on dire en pareil cas qu'ils aient été faits pour la conservation de la dot?

2° Il en est de même des frais que la femme peut avoir faits sur l'instance en séparation de corps qu'elle a intentée, car la séparation de corps entraînant la séparation de biens assure par là même la conservation de la dot. — Sans doute, mais comme la séparation de corps ne suppose nullement le péril de la dot, comment soutenir que les frais exposés par la femme ont été faits en vue de sa conservation? (Cf. les deux dissertations citées).

Vente par correspondance. Prix laissé à l'arbitrage du vendeur.

La vente par correspondance se forme au lieu de l'acceptation de l'offre, et au moment même de cette acceptation. Lorsqu'une vente de marchandises au poids et à la mesure a été passée avec stipulation que le prix serait fixé par le vendeur lui-même, l'acheteur ne peut plus demander la nullité de la vente s'il a pris livraison des marchandises, et s'il résulte en outre des circonstances de fait que le prix demandé par le vendeur, s'il est élevé, n'est pourtant pas absolument exagéré (Douai, 15 mars 1886, D. 88. 2. 37).

Dans la première de ces deux solutions notre arrêt se borne à trancher conformément à l'opinion la plus généralement admise la question bien connue de la formation des contrats par correspondance.

La seconde décision de l'arrêt mérite d'être examinée. Quelle est la valeur d'un contrat de vente dans lequel le prix est laissé à l'arbitrage du vendeur?

On pourrait en soutenir la validité en argumentant des art. 1591 et 1592. Lorsque la loi exige que le prix soit fixé par les parties,

Digitized by Google

elle veut simplement que les parties se soient accordées sur un mode de détermination du prix, de manière à être liées par le consentement qu'elles ont donné. C'est ainsi que le prix peut être abandonné à l'arbitrage d'un tiers : pourquoi ne pourrait-il pas être abandonné à l'arbitrage du vendeur? On voit immmédiatement pourquoi la fixation du prix ne pourrait pas être abandonnée à l'arbitrage de l'acheteur : l'acheteur pourrait fixer un prix tellement infime qu'en réalité il ne serait obligé à rien; mais lorsque c'est le vendeur qui est chargé de déterminer le prix, un pareil danger n'est pas à redouter.

Non sans doute, et c'est le contraire qui est à craindre : mais précisément parce que le vendeur en vertu de cette clause pourrait fixer un prix manifestement exagéré, il est impossible d'admettre que l'acheteur ait entendu s'en remettre à son bon plaisir : il n'y a pas eu en réalité de consentement sur le prix de la part de l'acheteur, et le contrat ne s'est pas formé. Un autre obstacle plus grave encore empêche la formation du contrat : c'est qu'en réalité le vendeur n'est pas obligé, car il dépend de lui d'empêcher la vente d'exister en refusant de fixer le prix, et l'absence d'obligation chez le vendeur a pour conséquence nécessaire l'absence d'obligation chez l'acheteur. Le contrat ne se forme pas.

La Cour de Douai refuse à l'acheteur le droit de se prévaloir de l'inexistence de la vente, parce qu'il avait pris livraison des marchandises ; comme le fait très exactement remarquer l'annotateur de Dalloz, on ne peut conclure de là qu'une chose : c'est que l'acheteur doit au vendeur la restitution des marchandises ou le paiement de leur valeur s'il les a consommées, mais non l'estimation arbitrairement fixée par le vendeur.

Louage de services. Engagement pour la vie entière.

Le contrat par lequel une personne engage ses services pour toute sa vie est nul et non avenu. Mais le juge qui prononce la nullité de ce contrat doit apprécier les service rendus par l'engagé et fixer en conséquence le salaire auquel il a droit. (Cass. 28 juin 1887, D. 88. 1. 296).

L'art. 1780 se borne à déclarer « qu'on ne peut engager ses

Digitized by Google

services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. » Mais il n'indique pas quelle est la valeur d'un engagement contracté en contravention de sa disposition.

Il est certain qu'il ne sera pas obligatoire pour l'ouvrier : mais y aura-t-il une simple nullité relative que l'engagé seul pourra invoquer, ou le contrat ne sera-t-il pas inexistant comme ayant une cause illicite ?

Il nous semble qu'il y a là une inexistence. La prohibition de l'art. 1780 est fondée sur l'inaliénabilité de la liberté humaine qui est d'ordre public ; non seulement le serviteur n'est pas lié, mais le maître ne l'est pas davantage. La promesse du serviteur est nulle comme ayant un objet illicite, l'obligation du maître est nulle pour défaut de cause.

On a objecté que le maître ne saurait être admis à invoquer la disposition de l'art. 1780, édictée dans l'intérêt du serviteur : mais ce que le maître invoque, c'est l'absence complète d'obligation chez l'engagé, qui doit entraîner absence complète d'obligation chez lui. La disposition de l'art. 1780 a donc une portée tout à fait différente de l'art. 15 de la loi du 22 germinal an XI, disposition de protection pour l'ouvrier, sanctionnée simplement par une nullité relative [1].

Lorsque le serviteur qui s'est engagé à vie, a en fait fourni ses services pendant quelque temps, et qu'ensuite l'inexistence du contrat est invoquée, il est certain qu'il doit être payé : il n'a pas entendu fournir ses services, ni le maître les recevoir, à titre gratuit Mais sa rétribution ne sera certainement pas fixée d'après le taux déterminé au contrat, car le prix des services avait été stipulé en vue d'un engagement perpétuel qui n'existe pas ; le maître aura promis un salaire élevé, parce qu'il espérait se débarrasser de l'ennui de changer de domestique ; le serviteur peut avoir accepté un salaire minime en considération des avantages qu'il attend d'un séjour perpétuel dans cette maison. Prendre pour base d'évaluation des salaires les stipulations du contrat ce serait en réalité méconnaître la volonté des parties. Force est

[1] Art. 15. Loi du 22 germinal an XI. « L'engagement d'un ouvrier ne pourra excéder un an à moins qu'il ne soit contre-maître, conducteur des autres ouvriers, ou qu'il n'ait un traitement stipulé par acte exprès. »

Digitized by Google

de reconnaître au juge le pouvoir d'arbriter le montant des salaires selon les circonstances.

Assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé.

Les recueils continuent à publier de nombreuses décisions relatives à l'assurance sur la vie. Les difficultés se présentent surtout pour l'assurance stipulée au profit d'un tiers déterminé; la jurisprudence s'efforce de donner une base légale aux combinaisons qui sont le plus fréquemment usitées, et cette tâche assurément est difficile, à cause des clauses souvent contradictoires qui figurent dans les polices.

Voici quelles sont les exigences que formulent d'ordinaire les conventions.

1° Le capital assuré ne fait pas partie du patrimoine du stipulant, sur ce capital le tiers bénéficiaire n'aura à redouter aucune action des créanciers du stipulant.

2° Le bénéficiaire n'acquiert de droit irrévocable sur le capital assuré qu'après le décès du stipulant. Jusqu'à ce moment ce dernier peut toujours révoquer à son profit, ou au profit d'un tiers, l'attribution du capital au tiers bénéficiaire.

3° L'acceptation du bénéfice du contrat par le tiers en faveur duquel l'assurance a été stipulée peut se produire utilement après le décès de l'assuré.

La Cour de cassation a rendu récemment plusieurs arrêts qui touchent à toutes les questions que soulève l'assurance au profit d'un tiers (16 janvier, 6 février, 8 février, 22 février, 27 mars 1888). Reproduits dans les recueils de Dalloz (88. 1. 77 et 193) et de Sirey (88. 1. 121) ils ont été accompagnés dans chacun de dissertations « qui expriment avec autorité la pensée de la « Cour de cassation »..... « qui marquent la direction d'idées à « laquelle la Cour suprême obéit dans cette matière. »

Après la pénétrante analyse à laquelle ont été soumises dans ces dernières années les questions que soulève l'assurance sur la vie (V. les nombreux travaux de M. Labbé dans les derniers volumes du recueil de Sirey, et dans Dalloz les dissertations de MM. Mulle, 77. 1. 337, Levillain, 79. 2. 25, Thaller, 88. 2. 1 et deux notes non signées 73. 1. 209 et 71. 1. 241). le moment

Digitized by Google

semblait venu, en effet, où la Cour de cassation pouvait exprimer une opinion définitive sur la question : dans la pensée de la Cour, très nettement constatée d'ailleurs par les deux annotateurs, les arrêts de février et de mars devront fixer la jurisprudence. Nous croyons que cet espoir sera déçu; comme le fait remarquer M. Labbé (Sirey, 88. 2. 97 et 177), les solutions des arrêts de 1888 sont contradictoires entre elles, de sorte que les Cours d'appel, même en prenant pour point de départ les doctrines de la Cour de cassation, risquent d'arriver à des décisions contraires aux siennes.

Si la Cour de cassation est divisée contre elle-même, comment peut-elle se flatter d'avoir établi l'unité dans la jurisprudence?

Examinons les principes posés par les arrêts régulateurs de 1888.

I. L'assurance sur la vie stipulée au profit d'un tiers déterminé, *est essentiellement* régie par l'art. 1121 du Code civil. L'assuré a stipulé pour lui-même et accessoirement pour le tiers bénéficiaire.

M. Labbé, dont il est impossible de ne pas citer à chaque instant les travaux lorsqu'on s'occupe d'assurance sur la vie, propose de rattacher, suivant les cas, l'assurance sur la vie au profit d'un tiers à deux ordres de principes différents. V. notamment Sirey, 77. 1. 393.

On peut considérer le stipulant comme ayant contracté pour son compte. Il devient créancier du capital assuré, et en même temps, par une clause insérée dans la police, il offre à un tiers de lui céder gratuitement son droit de créance. Cette offre se consolide par l'acceptation du bénéficiaire, qui se trouve donataire entre vifs du capital assuré. C'est l'application de l'art. 1121; la donation étant une donation indirecte est dispensée des formes solennelles prescrites par les art. 931 et suivants (art. 1973).

Ou bien le stipulant traite avec l'assureur comme gérant d'affaires du bénéficiaire qui par une ratification peut s'approprier le bénéfice de l'affaire; la créance du capital assuré naît alors au profit du tiers, elle ne s'est pas formée d'abord dans le patrimoine du stipulant pour être transférée par lui au bénéficiaire. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas donation du stipulant au tiers : mais

Digitized by Google

la donation a pour objet non le capital assuré, mais les primes payées à l'assureur.

On applique l'une ou l'autre de ces interprétations au contrat suivant l'intention du stipulant et le but qu'il s'est proposé.

En déclarant l'assurance sur la vie essentiellement régie par l'art. 1121, la Cour de cassation repousse absolument l'application de la théorie de la gestion d'affaires à l'assurance au profit d'un tiers. Nous croyons que seule cette application des principes de la gestion d'affaires permet d'admettre que l'acceptation du bénéficiaire peut se produire utilement aprés le décès de l'assuré : car la ratification d'une gestion d'affaires peut intervenir à un moment quelconque même après le décès du gérant. Seulement, cette interprétation du contrat exclut la faculté pour le stipulant de disposer du capital assuré au préjudice du tiers bénéficiaire : car le gérant d'affaires, une fois l'affaire conclue, ne peut pas priver le géré du bénéfice du contrat qu'il a fait pour lui.

On a reproché à la théorie de M. Labbé d'être artificielle et compliquée, de méconnaître la volonté des parties : « La convention « ne révèle par aucun signe les combinaisons qu'on s'efforce d'y « découvrir, le contrat œuvre des parties contractantes ne peut « renfermer autre chose que ce que ces dernières ont entendu « y mettre. » (Levillain, *loc. cit.*). Ces reproches sont injustes, la vérité n'est pas nécessairement du côté des solutions simples; des rapports juridiques compliqués peuvent comporter des solutions compliquées. Les parties qui contractent n'ont pas à se rallier à telle ou telle théorie juridique, théorie de la gestion d'affaires ou autre; elles expriment une volonté, elles indiquent un but, et la mission de l'interpréte est de découvrir la construction juridique qui assure le mieux l'exécution de la volonté des parties et la réalisation du but poursuivi.

En rejetant absolument l'application des principes de la gestion d'affaires, la Cour s'interdit une interprétation qui n'est pas nécessairement exclue par l'intention des parties, et peut conduire à d'heureuses conséquences.

C'est donc seulement par l'application de l'art. 1121 que se résoudront les questions soulevées par l'assurance sur la vie au profit d'un tiers déterminé. Le stipulant contracte pour lui, et fait

Digitized by Google

offre au tiers bénéficiaire de la créance du capital assuré : il y a offre de la donation de ce capital et cette donation d'ailleurs dispensée des formes solemnelles (art. 1973) ne se formera que par l'acceptation du bénéficiaire. Jusqu'à cette acceptation le stipulant pourra toujours disposer de la créance acquise contre l'assureur : mais l'acceptation peut-elle se produire utilement après le décès de l'assuré? La jurisprudence de la Cour de cassation l'admet, et elle réserve par là-même à l'assuré la faculté de disposer, jusqu'au dernier moment de sa vie, de sa créance contre la compagnie. Le bénéficiaire acceptera donc après le décès de l'auteur de la libéralité, comme le ferait un légataire : est-ce à dire qu'on doive considérer la libéralité comme un legs, comme une disposition à cause de mort? Si oui, il faut dire qu'au moment du décès la créance de la somme assurée se trouve encore dans le patrimoine du stipulant, et doit être tout d'abord affectée au paiement de ses dettes (art. 952 et 926); et que si, de son vivant, le stipulant est déclaré en faillite, la créance éventuelle contre la compagnie, qui est encore dans son patrimoine, est comprise dans le gage des créanciers. L'intention des parties est alors méconnue, car l'assuré n'a pas entendu stipuler au profit de ses créanciers. Pour parer à cet inconvénient, la jurisprudence admet la rétroactivité de l'acceptation; la donation s'est accomplie alors du vivant même de l'assuré, à la date même du contrat; à cette date la créance du capital assuré est sortie du patrimoine du stipulant et s'est trouvée soustraite à l'action de ses créanciers.

Mais comment donner une base juridique à ces solutions? La donation entre-vifs est un contrat qui suppose essentiellement le concours des volontés des parties : cette nécessité du concours des consentements n'est pas une règle de formes dont en puisse dispenser la donation indirecte, c'est une condition essentielle à la formation de toutes les conventions : comment le concours peut-il se produire lorsque l'acceptation du bénéficiaire de la police n'intervient qu'après le décès du stipulant? On admet pour échapper à l'objection la rétroactivité de l'acceptation, que l'on traite comme l'événement d'une condition (art. 1179) : c'est confondre la condition, élément essentiel et constitutif du contrat, avec la modalité accidentelle qui seule rétroagit. Le concours de

Digitized by Google

consentements qui *crée* l'acte juridique ne saurait rétroagir. Si l'on admet que l'acceptation du tiers bénéficiaire rétroagit au jour même du contrat, pourquoi ne pas décider aussi que le légataire est saisi de son legs, au jour même de la rédaction du testament et non pas seulement au jour du décès comme le veut l'art. 1014?

Et n'y a-t-il pas contradiction évidente à dire : du jour même de la conclusion du contrat le droit au capital assuré a passé sur la tête du tiers bénéficiaire;

Mais, dans l'intervalle qui sépare le contrat de son décès le stipulant a pu discrétionnairement disposer de ce capital?

II. D'autres situations ont paru à la Cour de cassation nécessiter une autre interprétation de l'art. 1121 que nous rencontrons également dans les arrêts de 1888.

L'assuré est un commerçant qui a stipulé au profit de sa femme : c'est celle-ci qui au décès de son mari devra recueillir le capital assuré. Le mari est déclaré en faillite.

On reconnaît très généralement qu'il y a lieu d'appliquer aux donations faites par le commerçant durant le mariage, les dispositions édictées par l'art. 564 du Code de commerce pour les donations par contrat de mariage. Les donations doivent tomber par l'effet de la faillite.

La masse ne pourra-t-elle pas élever la prétention de s'attribuer le bénéfice de la police? Oui, si l'on admet que le mari a stipulé pour lui-même le capital assuré, et en a fait offre ensuite à la femme : il y a bien donation entre-vifs de la créance du capital assuré.

Un commerçant contracte une assurance sur la vie au profit d'un de ses créanciers qui devra toucher à son décès le capital assuré : la faillite ayant été déclarée, il apparaît que le contrat d'assurance a été conclu pendant la période suspecte. Le décès du failli étant survenu, le syndic peut-il, en vertu des art. 446, 447 du Code de commerce, demander le rapport à la masse du capital assuré? Oui si l'on admet que l'assuré a stipulé pour lui, et a offert ensuite au bénéficiaire la créance née du contrat d'assurance. Le failli a bien fait un paiement autre qu'en espèces ou effets de commerce, ou un nantissement à raison d'une dette antérieure (art. 446, C. com.).

Digitized by Google

La Cour de cassation a refusé d'admettre ces conséquences : la créance du capital d'après elle n'a jamais figuré dans le patrimoine de l'assuré, elle est née directement dans la personne du tiers bénéficiaire : la faillite ne peut donc en aucun cas réclamer le rapport d'une valeur qui n'est pas sortie du patrimoine du failli. Ce qui est sorti du patrimoine du stipulant ce sont les primes qu'il a payées à l'assurance; dans la mesure de ces primes, il y a donation faite à la femme du failli, avantage fait aux créanciers : la faillite obtiendra la restitution des primes, rien de plus (22 février, 27 mars 1888).

Cette interprétation de l'art. 1121 diffère notablement de la première. Dans celle-ci l'assuré acquiert pour lui-même la créance du capital assuré; ici l'assureur se trouve obligé directement envers le tiers bénéficiaire et la créance du capital assuré ne traverse pas le patrimoine du stipulant. Dans les deux cas, et à raison de la rétroactivité de l'acceptation, le droit est réputé acquis du vivant de l'assuré. Le droit conféré au bénéficiaire peut d'ailleurs disparaître par l'effet d'une révocation: car il dépend des parties de soumettre le droit qu'elles créent à telle condition qui leur plaît. Rien ne les empêche donc de convenir que ce droit sera révocable au gré du stipulant. Le bénéficiaire doit d'ailleurs accepter l'avantage qui lui est offert (art. 1121), et les objections qu'on peut faire à la possibilité d'une acceptation postérieure au décès du stipulant, se reproduisent ici.

Nous ne contestons pas qu'un contrat puisse faire naître un droit directement dans la personne d'un tiers, et sans que la valeur, objet de ce droit, traverse le patrimoine du stipulant : mais il nous paraît que même dans ce cas, il y a donation de la valeur intégrale acquise au bénéficiaire. Lorsqu'un légataire renonce purement et simplement à son legs *pour avantager* le débiteur du legs, lorsqu'un héritier renonce purement et simplement à une succession *pour avantager* ceux qui sont appelés à son défaut, il y a bien donation de l'intégralité de la valeur ainsi transmise au bénéficiaire, encore qu'elle n'ait pas figuré dans le patrimoine du renonçant. On objectera : le renonçant s'est en réalité dépouillé de la succession ou du legs, puisqu'il dépendait de sa volonté discrétionnaire de l'acquérir ; mais n'en est-il pas

Digitized by Google

ainsi dans l'assurance sur la vie, lorsque le stipulant peut à son gré révoquer l'attribution du capital assuré au tiers, pour s'appliquer ce capital à lui-même? (Cf. M. Labbé *in* S. 88, 2. 97 et 177).

S'il n'y a donation que pour le montant des primes, à quel titre le tiers recevra-t-il la différence? De qui la tient-il, puisque le contrat n'a été fait ni par lui, ni en son nom, si ce n'est du stipulant? Cet excédent du capital assuré sur les primes, est le résultat d'un contrat que l'assuré a formé en son nom, il est le produit de l'industrie de l'assuré, et le tiers bénéficiaire ne peut le tenir que de lui.

Nous reconnaissons qu'il y a de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'acte juridique accompli par un individu peut faire naître directement un droit dans la personne d'un tiers, sans qu'il y ait aucune transmission de l'un à l'autre, sans qu'il y ait donation, sans qu'il en résulte entre l'auteur de l'acte et ce tiers qui en bénéficie un rapport juridique quelconque. Mais nous allons démontrer que toutes ces hypothèses présentent des caractères communs, absents dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, et par conséquent qu'il n'y a rien à en conclure :

Voici quelques-unes de ces hypothèses :

1° L'extinction d'une hypothèque première en rang améliorera la situation des créanciers postérieurs.

2° La renonciation à une succession fera parvenir l'hérédité aux héritiers d'un degré subséquent; si le renonçant était réservataire, elle mettra les donataires et légataires à l'abri de l'action en réduction.

3° Avant la loi du 28 septembre 1791, dont la disposition a passé dans l'art. 1743 du C. civ., le locataire pouvait être expulsé par l'acheteur de l'immeuble loué, sauf son recours en garantie contre son bailleur; il était d'usage courant que le bailleur, pour se mettre à l'abri du recours en garantie, convînt lors de la vente que l'acheteur ne pourrait pas expulser le locataire. Ce dernier tirait ainsi profit d'un contrat auquel il était demeuré étranger, et qui n'avait pas été stipulé dans son intérêt, avec l'intention de lui procurer un avantage quelconque.

Toutes ces hypothèses, dont il est inutile de prolonger l'énu-

Digitized by Google

mération[1], présentent des caractères qui leur sont communs, et qui sont absents dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers. On y rencontre :

1° Un droit préexistant chez le tiers bénéficiaire : il ne réalise pas une acquisition entièrement nouvelle ; il consolide un droit antérieur, il éprouve une amélioration dans une situation acquise ; l'héritier qni bénéficie d'une renonciation avait une vocation éventuelle antérieure à la renonciation. Ce droit préexistant se trouvait dans un rapport de connexité avec le droit de l'auteur de l'acte juridique, et c'est ce rapport de connexité qui est la raison de l'avantage réalisé par le tiers.

En est-il ainsi en cas d'assurance au profit d'un tiers? Rarement le tiers aura un droit préexistant; on peut citer cependant l'hypothèse d'une assurance contractée au profit d'un créancier, mais le rapport de connexité entre ce droit et l'acte juridique accompli par le stipulant fait défaut. Le plus souvent le tiers bénéficiaire n'aura ni droit, ni même intérêt préexistant, à moins qu'on ne dise que l'assurance est contractée pour mettre le tiers bénéficiaire à l'abri du préjudice que peut lui causer le décès de l'assuré? Mais cette observation ne pourrait s'appliquer qu'à l'assurance contractée au profit du conjoint ou d'un parent, et d'ailleurs on renonce aujourd'hui à considérer l'assurance sur la vie comme un contrat d'indemnité.

2° Il résulte de cette nécessité d'un droit préexistant chez le tiers que les parties ou l'auteur de l'acte juridique ne peuvent pas choisir librement la personne qui profitera de l'acte. Cette personne est indiquée, plus que cela, imposée par la situation. Si l'acte juridique projeté doit être accompli, il ne dépend pas des parties d'empêcher que tel ou tel n'en retire un avantage.

Si l'auteur de l'acte essaye d'imprimer une déviation à ses conséquences, s'il donne à cet avantage une autre destination que celle qui était fatalement indiquée par les circonstances, le caractère de l'acte change, et un rapport juridique (ordinairement de donation) se forme entre lui et le tiers bénéficiaire : la renoncia-

[1] On pourrait citer encore tous les cas d'accroissement ou non-décroissement, le pacte *de non petendo in personam* fait avec l'un de plusieurs débiteurs solidaires, etc.

Digitized by Google

tion à succession devient une donation, lorsque l'héritier au lieu de faire une renonciation pure et simple, avantageuse à tous ceux qu'il excluait ou limitait par sa présence, prétend en restreindre le bénéfice à l'un seulement d'entre eux (art. 780).

Dans l'assurance sur la vie le bénéficiaire est librement choisi par le stipulant qui prétend jusqu'au moment de sa mort conserver la faculté de révoquer la désignation par lui faite pour disposer du capital assuré à son profit ou au profit d'autrui. La destination, la direction que recevra l'avantage qui résulte du contrat est déterminée par la volonté du stipulant. Ne doit-il pas y avoir donation?

3° Le tiers n'acquiert pas par la volonté des parties qui n'ont pas agi dans son intérêt : il acquiert non parce que les parties l'ont voulu, mais parce que les circonstances n'ont pas permis qu'il en fût autrement. Son acquisition se produit par suite d'une sorte d'action réflexe : elle est le résultat, non le but de l'acte juridique, *capit non ab aliquo, sed propter aliquem* [1].

Lorsque l'avantage acquis au tiers est le but de l'acte juridique, lorsque l'auteur de l'acte a eu l'intention de procurer au tiers l'avantage qu'il recueille, il en est autrement. Là encore un rapport juridique (de donation la plupart du temps), s'établit entre le tiers et lui. La renonciation pure et simple à un legs, à une succession ne constitue pas une donation du montant du legs ou de la valeur de la succession, *à moins que cette renonciation n'ait été faite en vue d'avantager celui qui en tire profit* (jurisprudence constante, Laurent, X, nos 605, 606 et *ibi cit.*) [2].

L'attribution au tiers du capital assuré n'est-elle pas l'œuvre de la volonté du stipulant? Le stipulant n'a-t-il pas en vue l'intérêt du tiers destinataire? S'il y a donation de la valeur de la succession de la part de l'héritier qui renonce purement et simplement, *mais afin d'avantager* l'héritier du degré subséquent, comment n'y aurait-il pas donation du capital assuré au profit du tiers bénéficiaire? Objectera-t-on que la succession a appartenu au renonçant, tandis que la créance du capital assuré n'a jamais figuré dans le patrimoine du stipulant ? Nous répondrons que par sa renonciation pure et simple, l'héritier se trouve avoir été tou-

[1] L. 10 pr. *Quemadm. serv. am.*, 8. VI. L. 29, *De lib. leg.*, 34, III.
[2] Cf. loi 14 § 3, *De fundo dotali*, 23. V.

Digitized by Google

jours étranger à l'hérédité (art. 785) ; et à coup sûr, la créance du capital assuré dont le stipulant peut disposer avec la liberté la plus absolue, n'est pas plus étrangère à son patrimoine que la succession à laquelle il peut se trouver appelé.

4° Enfin, dans ces hypothèses d'acquisition par voie « d'action réflexe », aucune acceptation n'est nécessaire de la part du tiers bénéficiaire : car l'acquisition n'étant que la conséquence d'un droit préexistant, on ne voit pas quelle pourrait être la signification de l'acceptation.

Il est vrai que l'art. 790 nous dit que l'héritier qui répudie la succession peut revenir sur sa répudiation tant que les héritiers du degré subséquent n'ont pas accepté. Mais qu'on le remarque bien, il s'agit d'une acceptation de la succession et non d'une acceptation du bénéfice de la répudiation; cette distinction est faite implicitement par tous les auteurs lorsqu'ils décident qu'aucune manifestation spéciale de volonté n'est nécessaire de la part des cohéritiers du renonçant qui auraient déjà accepté la succession, et que le bénéfice de la renonciation est acquis aux autres intéressés (par exemple donataires exposés à l'action en réduction) sans acceptation d'aucune espèce (Cass. 5 juin 1878, Sirey 78. 1. 457). On s'accorde d'ailleurs à reconnaître que l'art. 790 est une règle exorbitante, établie par le Code de 1804 pour diminuer les chances de vacance des successions.

En cas d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, l'acceptation de celui-ci est indispensable.

On voit que, s'il y a des hypothèses dans lesquelles l'acte juridique d'un individu peut faire naître un droit dans la personne d'un tiers, sans que ce dernier puisse être considéré comme l'ayant-cause, et par conséquent le donataire de l'auteur de l'acte, il n'y a rien à en conclure en faveur de la solution admise par la Cour de cassation, qu'un examen attentif de ces hypothèses révèle entre elles et l'assurance des différences profondes, et qu'enfin les circonstances qui, en certains cas, transforment l'acquisition réalisée par le tiers en véritable donation, se retrouvent toutes dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers.

La Cour de cassation elle-même a reculé devant l'application logique de sa théorie :

Digitized by Google

Le bénéficiaire de l'assurance est un héritier qui accepte la succession de l'assuré; que devra-t-il rapporter? On s'attend à ce que la Cour réponde : la créance du capital assuré s'étant formée, non pas dans le patrimoine de l'assuré auquel elle n'a jamais appartenu, mais dans le patrimoine du bénéficiaire, ce dernier est donataire, non du capital assuré, mais des primes; et ce sont ces primes qu'il rapportera. De même, si les héritiers réservataires du stipulant intentent l'action en réduction contre le bénéficiaire du contrat d'assurance, la valeur qui devra être fictivement réunie aux biens laissés par le *de cujus* pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, sera celle des primes objet de la donation et non celle du capital qui n'a jamais fait partie du patrimoine du *de cujus*.

Sur ces deux points la Cour de cassation abandonne le principe qu'elle a posé : la valeur donnée, c'est le capital assuré, c'est ce capital qui sera rapporté ou fictivement réuni à la succession (8 février 1888).

La contradiction est flagrante : l'annotateur de Sirey n'en parle pas, l'auteur de la note de Dalloz l'aperçoit et essaie de la pallier : « Cette décision semble heurter, nous ne voulons point le mé-
« connaître, la fameuse règle que la jurisprudence a écrite dans
« des arrêts peut-être un peu trop favorables à l'institution des
« assurances sur la vie, à savoir que le bénéficiaire de l'assu-
« rance recueille la somme *jure proprio et non hereditario?*

« ... N'est-ce pas assez que la Cour ait couvert de sa haute
« autorité des libéralités faites sans l'emploi des formes légales
« des donations, sans obligation, notamment, pour le bénéficiaire
« d'accepter les avantages compris dans les contrats d'assurance
« sur la vie avant même l'échéance de la libéralité? N'est-ce pas
« assez qu'elle ait, même au regard des donataires, considéré
« comme une condition suspensive, avec effet rétroactif au jour
« du contrat, le décès du stipulant, sans qu'aucune acceptation
« antérieure ait formé le lien de droit, en l'absence duquel
« aucun contrat ne peut avoir d'existence? »

En d'autres termes la Cour de cassation a refusé d'aller plus loin dans la voie des concessions.

III. Notre collègue M. Thaller, dans une dissertation sur

Digitized by Google

l'un des arrêts déférés à la Cour de cassation (Besançon, 2 mars 1887, D. 88. 2. 1), a fait une tentative hardie et ingénieuse pour assurer aux clauses contradictoires des polices d'assurance, une complète efficacité. La Cour de Besançon avait statué sur une espèce dans laquelle l'assuré ne paraissait pas s'être réservé le droit de révoquer l'attribution du capital assuré au bénéficiaire ; elle affirme que le droit au capital se forme dans le patrimoine même du bénéficiaire, non dans celui de l'assuré. C'est une des hypothèses auxquelles s'adapte si bien l'idée de gestion d'affaires défendue par M. Labbé : l'assuré, ne s'étant pas réservé le droit de priver le tiers du bénéfice du contrat, est réputé avoir stipulé pour le tiers dans le patrimoine duquel naît la créance du capital assuré.

Mais on a vu que cette idée de la gestion d'affaires ne donne pas satisfaction à toutes les exigences de la pratique. M. Thaller cherche la solution du problème dans une nouvelle explication de l'art. 1121. Le contrat ne crée pas actuellement de créance au profit du tiers bénéficiaire; l'assureur s'oblige seulement envers le stipulant à offrir au tiers bénéficiaire la somme convenue, à conclure après le décès du stipulant, avec le bénéficiaire, un contrat ayant pour objet la prestation du capital assuré. La créance de ce capital ne naîtra donc qu'après le décès du stipulant et elle se formera directement dans la personne et le patrimoine du bénéficiaire qui l'acquerra sans aucune rétroactivité; cette créance n'aura jamais existé dans le patrimoine de l'assuré ; ce que l'on trouve dans le patrimoine de l'assuré ou dans sa succession, c'est le droit de contraindre la compagnie à faire offre au tiers bénéficiaire de la somme fixée.

Que cette manière de concevoir l'assurance au profit d'un tiers déterminé soit compatible avec l'art. 1121, nous ne le nierons pas. Elle présente d'ailleurs des avantages pratiques certains : elle explique la possibilité d'une acceptation *post mortem*, la faculté pour l'assuré de révoquer discrétionnairement la destination qu'il avait d'abord donnée au capital assuré ; elle permet l'assurance directe, même en faveur de personnes incertaines, de personnes qui ne sont pas connues, et qui n'existent pas au moment du contrat.

Digitized by Google

Mais à notre avis elle ne donne pas au bénéficiaire du contrat une situation aussi sûre que semble le croire l'auteur; et elle nous paraît aussi prêter le flanc à quelques graves objections.

Supposons qu'au décès de l'assuré, la compagnie, au lieu d'exécuter la loi du contrat, d'offrir le capital au bénéficiaire, reste inerte. Ce n'est pas le tiers bénéficiaire qui pourra l'y contraindre, car il est demeuré étranger au contrat qui n'a fait naître à son profit aucun droit. Ce seront les héritiers de l'assuré qui pourront agir, qui pourront réclamer : ils en ont le droit, ils n'y ont aucun intérêt. Voilà donc le droit du bénéficiaire à la merci d'une collusion entre l'assureur et les héritiers de l'assuré. On nous répondra par une considération de fait; jamais une compagnie n'essaiera de se soustraire aux engagements qu'elle a pris; elle en serait punie par la perte immédiate de sa clientèle; son intérêt garantit la fidèle exécution de ses engagements.

Soit. Mais modifions notre hypothèse : après le décès du stipulant, et avant que l'offre du capital n'ait été faite au bénéficiaire, la compagnie est déclarée en faillite. La compagnie dessaisie ne peut plus contracter, elle ne peut plus rien offrir au tiers bénéficiaire; le contrat dont la formation était le but de l'assurance ne se formera pas, et le tiers n'étant pas devenu créancier n'obtiendra rien, même pas un dividende. Il y a là évidemment une lacune dans la protection que l'on veut assurer au bénéficiaire du contrat.

Les créanciers ne pourront-ils rien prétendre à l'encontre du bénéficiaire? Pourra-t-on leur refuser tout droit sur la créance du capital assuré, sous prétexte que cette créance s'est formée en dehors du patrimoine du stipulant? Nous ne le croyons pas. A quel titre le bénéficiaire va-t-il recueillir le capital assuré? A titre de libéralité d'ordinaire et à titre de libéralité *mortis causa*, puisque son droit au capital assuré ne peut naître qu'après le décès du *de cujus* et que le destinataire acquiert sans rétroactivité; il s'agit d'un legs que l'on dispense des formalités ordinaires des testaments. Dès lors le capital assuré peut être atteint par l'action des créanciers. Qu'on n'objecte pas que ce capital est en dehors du patrimoine de l'assuré et n'y a jamais figuré; il peut être, on le reconnaît, atteint par l'action en réduction (Thaller,

Digitized by Google

loc. cit.); tout legs qui peut être atteint par l'action en réduction peut être et *a fortiori* atteint par l'action des créanciers (art. 926).

Dans quelles limites sera possible l'action en réduction, l'action des créanciers? Sera-ce seulement dans la limite des primes payées (la succession de l'assuré n'ayant été diminuée que de cette valeur) ou jusqu'à concurrence du capital même?

Nous avons montré que la circonstance que le capital n'avait pas appartenu au patrimoine du stipulant, n'empêchait pas que le tiers fût donataire du capital; et comme il s'agit d'une libéralité qui ne se réalisera que *post mortem*, force est de reconnaître que les créanciers pourront se faire payer jusqu'à épuisement de cette somme. On dira : ce capital, le tiers bénéficiaire le tient de la compagnie qui s'oblige directement envers lui et non du stipulant? Cette combinaison est bien connue; il s'agit d'un legs au profit du tiers dans lequel la compagnie joue le rôle de personne interposée : il ne nous paraît pas que l'interposition de personnes mérite plus d'égards dans cette hypothèse qu'en aucune autre.

Nous nous sommes permis d'exprimer quelques dissentiments au sujet des effets de la combinaison proposée par notre collègue : nous avons aussi quelques doutes sur sa validité : « La libéralité, « dit M. Thaller, *loc. cit.*, se rapproche des donations à cause de « mort pratiquéees autrefois et contre lesquelles s'élève le Code « civil (art. 893). Ou bien elle devient une sorte de fidéicommis « pour lequel les formes des testaments n'ont pas été observées. « L'objection est évidemment sérieuse. On peut l'écarter en disant « que la police d'assurance ne révèle pas la donation par elle-« même. La désignation même du bénéficiaire ne trahit pas la « libéralité, les relations qui l'unissent à l'assuré peuvent être très « diverses et se rattacher à une dette antérieure. Or quand la « libéralité se déguise sous un acte à titre onéreux, on admet « qu'elle échappe aux formalités habituelles des donations et à « plus forte raison des testaments. »

La jurisprudence admet la validité de la donation entre-vifs déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, oui! il s'agit là d'une genre de libéralité possible *en soi*, dont la loi autorise, sous telle forme ou telle autre, la réalisation. Mais lorsqu'il s'agit d'une libéralité absolument proscrite comme la donation à cause

Digitized by Google

de mort, sera-t-il possible de la faire valoir en la dissimulant sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux? Nous avons peine à le croire. D'ailleurs une des conditions de la donation à cause de mort, la formation d'un rapport juridique actuel entre le donateur et le donataire (*præsens præsenti dat*), fait ici défaut.

Il s'agit bien d'un legs : le fera-t-on bénéficier en vertu d'un argument *a fortiori* de la jurisprudence qui valide les donations déguisées? Cela nous semble difficile : la jurisprudence n'a jamais, à notre connaissance et en dehors de la matière des assurances sur la vie, admis la validité d'un legs de ce genre : et on comprend que le législateur soit plus exigeant lorsqu'il s'agit de déclarer efficace une volonté unique se survivant à elle-même, que pour sanctionner une libéralité qui résulte d'une convention, d'un concours de consentements, comme la donation. N'est-ce pas là ce que l'on voulait exprimer lorsqu'on disait : le testament est *juris civilis*, la donation est *juris gentium*?

IV. La théorie proposée par M. Labbé nous paraît seule conforme aux principes de notre droit actuel : si l'on estime qu'elle ne répond pas aux exigences légitimes de la pratique, une intervention législative est nécessaire. Cette intervention (V. M. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1888, p. 100, et la réponse de M. Labbé, *eod. loco*, p. 192) pourrait porter sur deux points.

1° Le bénéfice de l'assurance sur la vie stipulée dans les conditions prévues à l'art. 1121 serait insaisissable. La valeur, quoique figurant dans le patrimoine du stipulant, échapperait par une grave dérogation au droit commun (art. 2092 et 2093), à l'action de ses créanciers.

2° Mais les créanciers ne pourront-ils pas tout au moins demander que sur le capital assuré il leur soit tenu compte des primes payées par leur débiteur et qui sont certainement sorties de la masse de biens qui formait leur gage?

Il nous semble qu'on devrait tout au moins accorder aux créanciers cette consolation. On objecte que les primes ont été acquittées avec les revenus sur lesquels les créanciers n'ont pas pu compter : le débiteur aurait pu les dépenser *lautius vivendo*. L'argument repose sur une assertion de fait qui peut n'être pas

Digitized by Google

exacte : il est téméraire d'affirmer que les primes ne seront jamais prélevées sur le capital.

Peu importe d'ailleurs la circonstance que le débiteur aurait pu dissiper ses revenus : en fait il ne les a pas dissipés, et par conséquent il en doit compte à ses créanciers. L'innovation législative que l'on propose conduirait à des conséquences exorbitantes: pourquoi un débiteur ne pourrait-il pas prétendre soustraire à l'action de ses créanciers toutes les économies par lui faites sur ses revenus? Pourquoi ne pourrait-il pas non plus les exclure de la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible et la réduction (art. 922), en observant que s'il les avait dépensés ses réservataires ne les auraient pas trouvés dans sa succession? Enfin pourquoi un débiteur ne pourrait-il pas, à un moment quelconque, se constituer soi-même en liquidation, en disant: voilà mes biens actuels sur lesquels mes créanciers d'aujourd'hui pourront se faire payer, sur la valeur nette desquels mes héritiers en ligne directe pourront prétendre leur réserve ; quant au patrimoine nouveau que je vais essayer de me constituer, j'entends que ni mes créanciers actuels ni mes enfants ne puissent rien y prétendre, les biens qui le composeront échapperont à toute action de leur part, car j'aurais pu ne pas les acquérir?

L'innovation serait grave, de l'avis de tous, et à notre avis choquante. Ce serait la suppression complète de l'idée d'obligation personnelle du débiteur envers ses créanciers, que les articles 2092, 2093 ont jugé imposée par les nécessités du crédit et de l'honnêteté publics. O. FLURER.

EXPLICATION DE LA LOI DU 28 MARS 1885 SUR LES MARCHÉS A TERME,

(*suite* [1]).

Par M. P. Lacoste, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

III.

La loi de 1885 ne s'est pas contentée de restreindre le champ

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, nouvelle série, tome XVIII, pages 194 et 260.

Digitized by Google

d'application attribué par la pratique à l'exception de jeu ; elle a supprimé, on le sait, la peine dont l'art. 421 du Code pénal frappait les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics. Cette suppression était toute naturelle en ce qui concerne les opérations qui, d'après la loi nouvelle, ne sont plus considérées comme des paris ; on ne pouvait pas d'un côté les déclarer légales, et de l'autre infliger un emprisonnement et une amende à ceux qui s'y livreraient. Mais la loi va plus loin, et les opérations qui conservent encore à ses yeux le caractère d'un pari sont elles-mêmes affranchies de toute pénalité.

Quelles étaient les raisons qui avaient dicté les art. 421 et 422 du Code pénal ?

D'après l'exposé des motifs de ce Code, le but des art. 421 et 422 était « de réprimer une foule de spéculateurs » qui s'adonnent aux opérations sur les effets publics « sans avoir aucune espèce de solvabilité... et ne craignent point de tromper ceux avec lesquels ils traitent... Ce moyen de répression, disait l'orateur du Gouvernement, loin de nuire aux opérations des spéculateurs honnêtes et délicats, les rendra moins périlleuses en les délivrant du concours de ceux qui, n'ayant rien à perdre, osent tout risquer. » Cette explication est peu satisfaisante ; si nos articles étaient fondés sur une idée de moralité, pourquoi ne parlaient-ils que des opérations sur les effets publics, et laissaient-ils impunis les paris sur les autres valeurs mobilières et sur les marchandises ?

Dans le rapport fait au nom de la commission du Corps législatif on voit apparaître une autre considération, celle de l'intérêt de l'État ; le rapporteur ne disait pas d'ailleurs en quoi les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics étaient préjudiciables à l'État ; il se contentait d'en signaler le danger. Mais l'article 422 du Code pénal et une conversation qui avait eu lieu en 1801 entre Napoléon Ier et le comte Mollien [1] montrent que le législateur voulait surtout atteindre les spéculateurs à la baisse ; comme l'a fait remarquer le gouvernement lorsqu'en 1882 il a présenté le projet de loi sur les marchés à terme, « on croyait autrefois indispensable au crédit de l'État de mettre obstacle à la

[1] V. M. Badon-Pascal, *op. cit.*, p. 61.

Digitized by Google

baisse des fonds publics ; Napoléon allait même jusqu'à considérer comme des ennemis du gouvernement ceux qui s'y livraient. Mais les idées actuelles ont fait justice de ces craintes surannées [1]. »

Aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur les marchés à terme constate-t-il que, somme toute, aucune bonne raison ne pouvait être donnée pour justifier la sévérité, tout-à-fait exceptionnelle, dont on faisait preuve à l'égard des opérations sur les effets publics.

« Les art. 421 et 422 du Code pénal, poursuit l'exposé, ont le grave inconvénient de jeter sur les marchés à terme une sorte de défaveur dont on trouve la trace fréquente dans les arrêts rendus à propos de marchés de ce genre portant sur les effets publics. Comment les tribunaux ne seraient-ils pas disposés à se refuser à ordonner l'exécution d'une opération qui semble toucher à un délit correctionnel ? L'abrogation de ces articles ferait cesser cette cause de défaveur pour les marchés à terme, elle n'aurait aucun inconvénient, car depuis un quart de siècle ces dispositions ont cessé d'être appliquées. Leur existence dans notre législation produit même un résultat singulier. Les tribunaux admettent souvent l'exception de jeu en matière de marchés à terme sur effets publics ; et pourtant le ministère public n'exerce pas de poursuites contre ceux qui, en invoquant avec succès cette exception, se dénoncent en quelque sorte eux-mêmes. Aussi a-t-on pu dire, non sans raison, qu'à consulter la jurisprudence, il semble y avoir des jeux de Bourse et non des joueurs. »

Le gouvernement a obtenu sans peine l'abrogation qu'il demandait ; la cause était gagnée d'avance, et les art. 421 et 422 ont disparu sans débat de notre législation répressive.

Une pénalité nouvelle avait été proposée à la Chambre des députés par un de ses membres. M. Sourigues avait déposé sous forme d'amendement un projet qui commençait, comme celui du gouvernement, par proclamer la légalité des marchés à terme, mais dont l'art. 2 renfermait la restriction suivante :

« Tout banquier, agent de change, commissionnaire, cour-

[1] Exposé des motifs, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 1571 ; *Revue critique*, 1882, p. 465.

Digitized by Google

tier, changeur ou coulissier, qui vend à terme, comme intermédiaire, des valeurs mobilières autres que des rentes françaises pour compte d'un individu n'exerçant aucune des susdites professions, est passible d'une peine de huit jours de prison et de dix mille francs d'amende, à moins qu'il ne puisse fournir la preuve que, avant d'effectuer l'opération dont il s'agit, il a reçu soit les valeurs qui en ont fait l'objet, soit un titre donnant droit au vendeur ou à son cédant d'exiger d'un tiers la délivrance des valeurs en question avant le jour de l'échéance de ladite vente, ou au moins audit jour. »

Cette disposition avait pour but de protéger les personnes qui n'ont pas l'expérience de la Bourse et une connaissance spéciale de ses opérations contre le danger tout particulier auquel est exposé le vendeur à découvert. Quelques capitalistes concentrent entre leurs mains la plus grande partie des titres d'une société; que des ventes à découvert de ces titres se produisent ensuite, et les détenteurs de la valeur ainsi raréfiée ont la faculté « d'étrangler » le vendeur, qui veut se procurer les effets nécessaires à sa libération, en l'obligeant à subir des prix désastreux.

La proposition de M. Sourigues n'a pas été adoptée : « Nous reconnaissons volontiers, disait le rapporteur de la Chambre des députés, que des spéculations de mauvais aloi ont pu être et pourront être encore entreprises par ce système. C'est aux citoyens qu'il appartient de se garantir contre ces dangers en ne vendant pas ce qu'ils ne peuvent pas livrer, avant de s'être, au préalable, assurés que le marché est abondamment pourvu, et qu'à l'échéance ils auront le moyen de se procurer les titres vendus par eux. La société n'a pas à se substituer aux individus et à les maintenir éternellement en tutelle [1]. » Le rapport ajoutait que, pour éviter un mal exceptionnel, il ne fallait pas apporter des obstacles à la spéculation à la baisse qui est tout aussi légitime que la spéculation à la hausse. Enfin M. Naquet observait que l'amendement présenté avait le tort de créer des catégories de citoyens; et la commission de la Chambre n'avait pas voulu suivre M. Sourigues dans cette voie.

[1] Rapport de M. Naquet à la Chambre des députés, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 2219.

Digitized by Google

Elle avait, au contraire, accueilli favorablement une addition que proposait le gouvernement au texte de l'art. 419 du Code pénal. Cet article punit d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs les manœuvres frauduleuses tendant à faire varier les cours des marchandises et des effets publics; on se demandait s'il était applicable aux moyens frauduleux par lesquels on fait varier les cours des effets non publics, par exemple, des actions et obligations des sociétés privées. Un arrêt de la Cour de Paris, du 1er juin 1843 (Sir. 43. 2. 277), s'était prononcé pour la négative ; le gouvernement estimait, au contraire, que les effets non publics se trouvaient compris dans le mot *marchandises*, et, pour assurer la répression des fraudes en ce qui les concernait, l'art. 5 du projet de loi sur les marchés à terme déclarait formellement que les dispositions de l'art. 419 du Code pénal étaient applicables aux effets autres que les effets publics. Cet article fut voté par la Chambre.

Mais quand le projet de loi arriva devant le Sénat, un nouvel arrêt de la Cour de Paris, rendu dans l'affaire de l'Union générale, venait de statuer sur la question, et la Cour, abdiquant sa jurisprudence antérieure, avait adopté l'interprétation que le gouvernement et la Chambre voulaient faire prévaloir (9 mai 1883, Sir. 83. 2. 97). La commission du Sénat jugea désormais inutile la disposition votée; elle crut même qu'il était avantageux de la supprimer : « L'art. 419 du Code pénal, dit le rapport de M. Naquet, renferme les éléments les plus divers. Il réprime la fraude et la calomnie, ce qui est naturel et juste; mais il s'oppose à la réunion ou à la coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, ce qui n'est plus conforme aux conditions de la société moderne. Avec un tel article strictement appliqué on pourrait atteindre, sinon tous les syndicats, du moins ceux qui ne présenteraient pas le caractère de personne morale, et ce serait un préjudice immense pour le commerce français. Il est vrai que les dispositions aujourd'hui surannées de l'art. 419 sont depuis longtemps tombées en désuétude, et qu'il peut être dès lors inutile d'en demander l'abrogation ou la modification. Mais si l'on peut laisser à sa place l'art. 419

Digitized by Google

devenu inoffensif en cessant d'être appliqué dans certaines de ses parties, il ne serait pas sans péril, en le rappelant dans une loi nouvelle, de lui rendre force et vigueur dans son ensemble. Il pourrait en résulter de grands dangers, des dangers tels que la loi que nous vous proposons, au lieu d'être une loi de liberté, devînt une loi de restriction [1]. »

La disposition qui avait trait à l'art. 419 fut donc retranchée du projet.

Il y a lieu de regretter qu'elle n'ait pas été maintenue; en effet quelque temps après la promulgation de la loi de 1885, la Cour de cassation a décidé, conformément à la première jurisprudence de la Cour de Paris, que l'art. 419 ne visait pas les actions ou obligations des sociétés privées (30 juillet 1885, Sir. 85. 1. 514). Cette opinion a été suivie par la Cour de Grenoble (15 juillet 1886, Sir. 86. 2. 241), et c'est bien celle que suggèrent les travaux préparatoires du Code pénal. L'art. 419 (art. 358 du projet) était d'abord ainsi conçu : « Tous ceux qui... auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou des marchandises ou des papiers et *effets négociables de quelque nature que ce soit...* » Sur la demande du comte Begouen, ces derniers mots furent remplacés par les mots *effets publics*. On ne voit pas pourquoi cette modification aurait été opérée si elle n'avait pas eu pour but d'exclure de l'art. 419 les valeurs mobilières qui n'avaient pas le caractère d'effets publics [2]. Dans tous les cas, les travaux préparatoires du Code pénal font naître un doute très-sérieux. Il est donc à désirer que le législateur tranche une fois pour toutes cette difficulté, et que les fraudes relatives à des valeurs dont l'importance s'est considérablement accrue ne restent pas impunies.

La commission du Sénat craignait que le vote d'un texte de loi interprétatif de l'art. 419 n'eût pour effet de donner une nouvelle vie à une partie de cet article qui semblait tombée en désuétude, et dont elle estimait, d'un autre côté, l'abrogation superflue; mais un jugement du tribunal correctionnel de Lyon,

[1] *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 562.

[2] V. le rapport de M. le conseiller Auger, dans l'affaire au sujet de laquelle a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1885.

Digitized by Google

du 26 août 1884, rendu dans l'affaire de la Banque de Lyon et de la Loire (Sir. 86. 2. 242), montre que la disposition de l'article 419 concernant les coalitions est encore appliquée; l'objection faite par la commission du Sénat, si tant est qu'elle dût arrêter le législateur, tombe par là même. Au lieu d'éviter de retoucher le texte de l'art. 419, il faudrait, au contraire, le remanier à un double titre : il faudrait statuer sur la question des effets non publics, et en même temps prononcer l'abrogation de la disposition relative aux coalitions; puisque cette disposition est aujourd'hui condamnée, on aurait tout intérêt à édicter un texte qui mît la loi en harmonie avec les idées actuelles. M. Villey considère, il est vrai, la partie de l'art. 419 qui a trait aux coalitions comme virtuellement supprimée par la loi du 25 mai 1864, et déclare que, si elle n'a pas été abrogée d'une manière expresse, c'est par un simple oubli du législateur de cette époque, qui avait certainement l'intention d'établir la liberté de la coalition à tous ses degrés [1]. Je n'examinerai pas cette controverse, qui ne rentre pas dans le cadre de mon travail; mais, en admettant que la disposition dont je parle ait cessé d'exister, il serait à souhaiter que cette abrogation fût mise par un texte formel hors de toute contestation.

IV.

J'ai étudié la loi du 28 mars 1885 dans toutes ses parties; mais, pour en achever l'explication, il me reste à traiter une question qui a été vivement débattue : le législateur a-t-il disposé seulement pour l'avenir ou bien la loi régit-elle en outre les opérations antérieures à sa promulgation?

Au point de vue du droit pénal, elle les régit sans aucun doute : il est de principe que toute loi qui adoucit ou supprime complétement une peine a effet rétroactif. Mais la loi de 1885 rétroagit-elle aussi au point de vue du droit civil?

La question serait dénuée d'intérêt pratique si les tribunaux considéraient cette loi comme une simple confirmation de la jurisprudence antérieure; mais il est généralement admis que la

[1] V. la note de M. Villey sous l'arrêt précité de la Cour de Grenoble (Sir. 86. 2. 243).

Digitized by Google

loi nouvelle rejette l'exception de jeu à l'égard d'opérations à terme pour lesquelles les tribunaux la déclaraient recevable, c'est l'opinion qui l'emporte dans les décisions judiciaires de même que dans la doctrine. Dans quelle mesure se trouve restreint le domaine de l'exception de jeu, voilà surtout le point sur lequel il y a désaccord; mais presque tout le monde reconnaît que les limites actuelles de ce domaine sont plus étroites que celles qui étaient précédemment déterminées par la jurisprudence. Cela posé, on voit l'intérêt que présente dans la pratique la controverse sur la rétroactivité : appelés à connaître de marchés conclus avant la promulgation de la loi de 1885, les juges se demandent si, pour ces marchés, l'exception de jeu est renfermée dans les limites qui lui sont aujourd'hui assignées, ou si elle a conservé l'étendue d'application que les tribunaux lui attribuaient antérieurement.

Presque tous les arrêts des Cours d'appel qui ont eu à statuer en cette matière se sont prononcés pour la non-rétroactivité de la loi : Dijon, 24 avril 1885, Paris, 25 avril 1885, Montpellier, 7 mai 1885, Lyon, 4 juin 1885, Toulouse, 2 juillet 1885, Nancy, 25 juillet 1885, Sir. 86. 2. 1; Bordeaux, 23 décembre 1885, journal *la Loi* du 16 mai 1886; Aix, 29 décembre 1885, *Bulletin judiciaire d'Aix*, 1886, p. 275; Paris, 16 mai 1888, *Gazette du Palais*, 1888, Recueil mensuel, Supplém., p. 48. V. dans le même sens une des notes précitées de M. Labbé (Sir. 1886. 2. 1), et un article de M. Thaller dans la *Revue critique*, 1886, p. 299. V. aussi M. Coulon, *op. cit.*, p. 29 et 30; et les *Lois nouvelles*, 1886, 3e part., p. 30. Cette solution a été adoptée par la Cour suprême, 18 avril 1887, Sir. 87. 1. 157. Deux arrêts de la Cour de Paris, l'un du 6 juin et l'autre du 19 juin 1885 (Sir. 86. 2. 1), ont décidé, au contraire, que la loi a effet rétroactif; cette opinion avait été déjà émise dans un article publié par la *Gazette des tribunaux*, le 23 avril 1885; elle est soutenue par M. Genevois (*La nouvelle législation des marchés à terme*, p. 17); et c'est la thèse développée par M. l'avocat général Chenest dans les conclusions posées par lui devant la Cour de Lyon au sujet de l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 4 juin 1885 cité plus haut (V. la *France judiciaire*, 1884-1885, 2e part., p. 402).

Digitized by Google

Pour résoudre le problème, il faut d'abord rechercher si c'est simplement par interprétation de la législation existante que l'exception de jeu a été écartée pour certaines opérations à terme à l'égard desquelles les tribunaux l'admettaient auparavant; dès lors que cette disposition aurait un caractère interprétatif, elle ferait corps avec la législation en vigueur au moment où elle a été promulguée, et rétroagirait nécessairement.

Mais il suffit de lire les travaux préparatoires pour être convaincu que la loi de 1885 n'a pas été conçue dans cet esprit. L'exposé des motifs ne nous dit nullement si le système auquel s'était arrêtée la jurisprudence relativement à la condition des marchés à terme était conforme ou contraire à la législation existante : nulle part ne se révèle dans cet exposé l'intention de formuler à nouveau en termes non équivoques, une législation qui aurait été méconnue. Les deux rapports de M. Naquet nous éloignent encore plus de l'idée d'une loi interprétative. Dans ces rapports, M. Naquet, qui fait ressortir les inconvénients du système de la jurisprudence, les entraves en résultant pour les opérations de Bourse, et la nécessité d'une modification de cet état de choses dans un sens favorable à la liberté des transactions, déclare que ce système n'était cependant lui-même qu'une atténuation du véritable régime établi par le législateur; selon M. Naquet, les tribunaux avaient créé une sorte de droit prétorien qui tempérait la rigueur de la loi et l'accommodait jusqu'à un certain point aux besoins nouveaux [1]. Il est difficile de dire

[1] «.... Les tribunaux, modifiant lentement la loi par voie d'interprétation, en sont venus à établir, sinon la reconnaissance absolue des marchés à terme et des obligations qui en résultent, du moins une espèce de droit prétorien beaucoup plus large que ne l'est la législation elle-même. » Rapport de M. Naquet à la Chambre des députés, *Journal off.*, Doc. parl. Ch., 1882, p. 2209.

« ..... L'examen des faits, aussi bien que le raisonnement théorique, a prouvé que le but que nos devanciers avaient voulu atteindre en restreignant la liberté des marchés à terme, la suppression ou tout au moins la diminution du jeu, n'avait pas été atteint du tout; qu'au contraire les lois sous lesquelles nous vivons encore, malgré toutes les atténuations de la jurisprudence, ont favorisé le jeu bien loin de le limiter et de l'empêcher. » Rapport de M. Naquet au Sénat, *Journal off.*, Doc. parl. Sén., 1884, p. 560.

Digitized by Google

plus clairement que le projet qui était en délibération n'avait pas un caractère interprétatif.

Il est vrai que l'art. 1er de la loi de 1885 est ainsi rédigé : « Tous marchés à terme... sont *reconnus* légaux... » Par ce mot *reconnus* l'article ne présente-t-il pas le principe de la légalité des marchés à terme, et ce qui a trait à l'exception de jeu, comme une règle préexistante? *Reconnaître*, répondrai-je, est plus d'une fois synonymes de *proclamer*, et l'examen que je viens de faire des travaux préparatoires montre qu'ici l'expression n'a pas d'autre portée.

Mais les lois interprétatives ne sont pas les seules qui aient effet rétroactif : si la loi de 1885 ne rentre pas dans cette catégorie de lois, ne rétroagit-elle pas à un autre titre? On l'a soutenu. Les lois d'ordre public régissent, affirme-t-on, les faits antérieurs à leur promulgation aussi bien que les faits postérieurs. Or, est-il observé, la loi de 1885 intéresse l'ordre public : c'était sans doute par des considérations d'intérêt général et d'ordre public que la législation précédente accordait l'exception de jeu relativement à des opérations à terme pour lesquelles elle est aujourd'hui rejetée; mais cette législation avait produit un résultat absolument opposé au but poursuivi, et le législateur de 1885 a considéré que l'ordre public était, au contraire, intéressé à ce que dans un marché à terme chaque partie pût toujours être contrainte à l'exécution de son engagement. On conclut de là que la loi nouvelle doit rétroagir; nul ne saurait avoir de droits acquis contre l'ordre public.

L'arrêt rendu le 25 juillet 1885 par la Cour de Nancy conteste le caractère attribué à la loi nouvelle par les partisans de l'opinion que je viens d'exposer ; l'exception de jeu, dit l'arrêt, était certainement d'ordre public; mais la loi de 1885, en reconnaissant légaux les marchés à terme et en les faisant rentrer dans le droit commun, a simplement le caractère d'une loi d'intérêt privé. V. aussi l'arrêt de la Cour de Bordeaux.

En ce qui me concerne, j'admets sans difficulté que la loi de 1885 est une loi d'ordre public, les travaux préparatoires font voir, en effet, qu'elle a été édictée dans un but d'intérêt social

Digitized by Google

et de moralité publique; mais est-ce une raison pour qu'elle régisse les marchés antérieurs à sa promulgation?

On objecte qu'il ne saurait y avoir de droits acquis contre l'ordre public; c'est énoncer une proposition dont l'exactitude me paraît loin d'être démontrée. Je prends pour exemple les lois qui régissent la capacité des personnes; elles sont assurément d'ordre public; cependant une loi nouvelle modifiant la capacité d'une catégorie de personnes influerait-elle sur la validité de conventions que l'une d'elles aurait conclues antérieurement? Si une loi nouvelle fixait à 25 ans l'âge de la majorité, les individus qui auraient fait des contrats à l'âge de 22 ou 23 ans acquerraient-ils le droit d'en demander l'annulation? A l'inverse, si une loi nouvelle fixait la majorité à 18 ans, ceux qui auraient fait à l'âge de 19 ou 20 ans des contrats annulables d'après la loi ancienne perdraient-ils le droit d'en invoquer la nullité? On sait qu'il est en ce moment question d'accorder à la femme séparée de corps la pleine capacité civile; si le projet de la commission de la Chambre des députés est adopté, les femmes actuellement séparées de corps perdront-elles, à partir de la promulgation de la loi qui les aura investies d'une pleine capacité, le droit d'invoquer la nullité des contrats précédemment conclus sans autorisation en dehors des limites de la capacité restreinte que leur concède le Code civil? N'est-il pas de principe que la capacité des contractants doit être envisagée au moment de la conclusion du contrat?

D'une manière générale, pour apprécier les conditions de validité d'un contrat, il faut se placer au moment où le contrat a été formé, c'est-à-dire sous l'empire de la législation qui existait alors; il y a eu immédiatement droit acquis à se prévaloir de la convention ou à en invoquer la nullité.

Or la jurisprudence considérait les paris sur la hausse ou la baisse des valeurs mobilières ou des marchandises comme des opérations illicites : Cass., 27 juillet 1869, Sir,, 69. 1. 448; et 27 février 1878, S. 79. 1. 444. Attribuer un caractère illicite à ces opérations, c'était voir dans l'engagement de celui qui avait fait un pari une obligation nulle; et c'est bien ce que décidait la Cour de Paris dans un arrêt du 24 avril 1877, Sir. 78. 1. 269. Celui qui à la suite d'opérations à terme sur valeurs mobilières

Digitized by Google

ou sur marchandises avait le droit d'invoquer l'exception de jeu avait donc à son service une exception de nullité. Il résulte de là que celui qui avant la loi de 1885 s'est adonné à des opérations à terme ayant le caractère de jeu, peut se prévaloir encore aujourd'hui de l'exception dont cette loi l'a trouvé muni. L'exception de jeu a eu beau être supprimée par des raisons d'ordre public pour un certain nombre d'opérations à terme, et précisément pour les opérations du genre de celles auxquelles il s'était livré; elle n'en subsiste pas moins à son profit pour les actes antérieurs à la loi de 1885; elle constitue pour lui un droit acquis.

Il ne faut pas perdre de vue que, somme toute, la notion de l'ordre public est dans bien des cas quelque chose de relatif. Pendant quatre-vingts ans, pour ne parler que de ce siècle, le législateur a pensé, du moins d'après l'opinion qui triomphait en jurisprudence, qu'il était contraire à l'ordre public de contraindre à l'exécution de leur engagement ceux qui contracteraient certains marchés à terme; aujourd'hui, envisageant la question sous un jour tout à fait différent, il estime que l'ordre public est intéressé à ce que les engagements résultant de ces mêmes marchés reçoivent leur exécution. J'avoue que ma raison n'est nullement choquée de voir les personnes qui se sont livrées à ces opérations de Bourse avant la loi de 1885 se prévaloir de l'idée que le législateur se faisait de l'ordre public au moment où elles ont contracté; il est, au contraire, tout naturel que la nouvelle conception de l'ordre public régisse les marchés nouveaux et la conception antérieure les marchés antérieurs. Supposons admise l'opinion qui fait rétroagir la loi de 1885 parce qu'elle est d'ordre public : si par hasard cette loi n'était pas maintenue, si le régime inauguré par elle ne produisait pas les résultats attendus et qu'on fît retour au régime antérieur, il faudrait, ce serait la conséquence logique de la thèse soutenue, appliquer l'exception de jeu à des opérations faites de la manière la plus légale sous le régime actuel, il faudrait repousser les demandes formées pour l'exécution de marchés absolument inattaquables au moment où ils auraient été conclus; les transactions les plus régulières se trouveraient dépourvues d'action.

Digitized by Google

Laissant de côté l'argument tiré de l'ordre public, on a présenté une autre considération en faveur de la rétroactivité de la loi de 1885. Le marché à terme qui d'après la législation précédente donnait lieu à l'exception de jeu n'était pas, a-t-on observé, un marché nul; l'art. 1965 du Code civil, dont la jurisprudence lui faisait l'application, n'annule pas les opérations de jeu; il se contente de refuser aux joueurs l'accès du tribunal; l'objet de la loi de 1885 est simplement de lever un obstacle qui paralysait l'action du demandeur et d'attribuer aux tribunaux la connaissance d'une question qui échappait jusque-là à leur juridiction. Dès lors peut-on dire que celui qui, au moment où est intervenue cette loi, avait la faculté d'invoquer l'exception de jeu à l'occasion d'un marché antérieur avait un droit acquis à cette exception ?

Ce raisonnement repose sur une interprétation de l'art. 1965 qui me paraît contredite par les travaux préparatoires du Code civil; mais sans nous arrêter à cette controverse spéciale, sans parler non plus du rôle que pouvaient jouer en notre matière les art. 421 et 422 du Code pénal, admettons que les marchés à terme à l'exécution desquels il était permis de se refuser en invoquant l'exception de jeu fussent des marchés valables; admettons qu'il en fût ainsi même pour les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics : l'exception de jeu n'en constitue pas moins pour la personne qui s'était livrée à ces opérations un bénéfice irrévocable. Le marché a été, dès le moment où le contrat s'est formé, dépourvu de la sanction d'une action en justice; le droit de la partie qui en demande l'exécution, le droit de recours de l'intermédiaire contre son client, est né affecté d'une cause d'infériorité qui, de quelque nom qu'elle soit qualifiée, le destituait à peu près de toute efficacité juridique. Et c'est le fond du droit lui-même, et non pas seulement son mode d'exercice, qui s'est trouvé atteint par la nature du contrat auquel il doit son origine; il serait évidemment difficile d'admettre que la loi de 1885, en supprimant l'exception de jeu pour certaines opérations à terme, a simplement réglé en quelque sorte une question de procédure. C'est donc la loi en vigueur au moment du contrat qui doit décider si ce contrat donne lieu à l'exception de jeu,

Digitized by Google

comme elle déciderait s'il donne lieu à une action en nullité.

Je n'ai pas besoin de faire remarquer que la controverse sur l'effet rétroactif de la loi de 1885 ne s'élève pas au sujet de l'exception de jeu sur laquelle il avait été déjà statué par une décision ayant force de chose jugée : il est manifeste qu'une loi nouvelle ne saurait rétroagir à l'encontre de décisions de ce genre. D'après plusieurs arrêts, la controverse ne pourrait même pas s'élever pour les opérations à l'égard desquelles il y avait déjà une décision rendue en première instance (Dijon, 24 avril 1885, Lyon, 4 juin 1885, Toulouse, 2 juillet 1885, Nancy, 25 juillet 1885, Sir. 86. 2. 1); mais cette opinion se heurte au principe du caractère dévolutif de l'appel : v. la note de M. Labbé sur la rétroactivité (Sir. 1886. 2. 1), et l'article de M. Thaller publié par la *Revue critique*.

Observation. — Ce travail était imprimé lorsque la situation du Comptoir d'Escompte a provoqué à la Chambre des députés une interpellation de M. Laur sur ce qui est appelé brièvement l'affaire du cuivre, et un débat sur la disposition de l'art. 419 du Code pénal relative aux coalitions. Dans la séance du 21 mars, M. Thévenet, ministre de la justice, a déclaré que cette disposition était toujours en vigueur, et que des poursuites seraient exercées si des faits délictueux étaient constatés. Une déclaration analogue avait été faite l'année dernière (séance du 18 février 1888) par un autre ministre de la justice, M. Fallières, sur une question posée par M. Laur au nom du groupe socialiste de la Chambre; et la discussion qui vient d'avoir lieu s'est terminée par un ordre du jour dans lequel la Chambre des députés se prononce implicitement pour l'application de la peine édictée contre les coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée.

Après ce débat je répète ce que j'ai dit dans mon travail : il serait à désirer qu'une loi nouvelle statuât sur cette matière. M. Laur voudrait qu'on établît une peine plus forte; il faut, au contraire, supprimer formellement le délit et considérer comme licite en elle-même la coalition interdite par l'art. 419 du Code

Digitized by Google

pénal; il faut se contenter de la disposition générale de cet article qui réprime la fraude, et faire disparaître une prohibition d'un autre âge, plus dangereuse que le mal qu'on a voulu prévenir.

P. LACOSTE.

DE LA NÉCESSITÉ DE DÉFÉRER TOUS LES DÉLITS DE DIFFAMATION A UN JURY SPÉCIAL,

Par M. R. Biroy-Letourneux, docteur en droit,
Procureur de la République à Besançon.

La loi du 29 juillet 1881 régit le délit de diffamation. Le législateur de cette époque n'a pas osé ou voulu rompre avec les errements du passé; aussi son œuvre a-t-elle produit les plus déplorables effets.

La nouvelle législation devait, dès lors, attirer sur elle de vives critiques. Un savant membre de l'Institut, M. Émile Beaussire, s'est chargé de ce soin. Vers la fin de l'année 1887, il faisait paraître, dans la *Revue des Deux-Mondes*, une remarquable étude intitulée : « *La protection légale de l'honneur* [1]. »

La thèse de l'académicien, puissamment conçue et brillamment développée, produisit une profonde et légitime impression. De récents événements survenus dans le monde parlementaire ayant remis à l'ordre du jour la question de la diffamation, nous nous sommes souvenu de l'œuvre de M. Beaussire. Toutefois, la question ayant été traitée, surtout au point de vue philosophique, nous avons pensé qu'elle n'était pas épuisée. C'est ainsi que nous sommes amené à reprendre un sujet qui s'impose à l'attention du législateur.

Nous ne pourrons, à coup sûr, suivre que de loin l'éminent membre de l'Institut. Nous devons, en conséquence, nous borner à critiquer la législation de 1881, dans un langage mesuré, comme il convient à un modeste magistrat, dont le seul titre est une pratique judiciaire, déjà longue.

I.

« L'honneur des particuliers et des hommes publics n'a jamais

[1] Cet article de M. Beaussire forme un des chapitres de ses *Principes du Droit*, publiés en 1888.

Digitized by Google

« été moins assuré de respect que de nos jours. Les plus honnêtes « et les plus fiers se dérobent aux devoirs publics, pour éviter de « mettre leur honneur en péril. La société perd le respect d'elle-« même, en s'habituant à ne rien respecter dans aucun de ses « membres. »

Ainsi s'exprime M. Beaussire, au début de son étude. Nous avons tenu à citer textuellement l'honorable membre de l'Institut, car, comme critique d'ensemble portée sur la loi de 1881, il est impossible de donner, tout à la fois, à la pensée plus de force, plus de concision.

Ce préliminaire posé, notre tâche se trouve bien simplifiée et nous pouvons, dès lors, aborder l'examen détaillé des nombreuses défectuosités que présente la loi de 1881, au point de vue de la diffamation.

II.

Lorsqu'un particulier est diffamé, il ne peut s'adresser qu'à la juridiction correctionnelle, et il lui est interdit de prouver la fausseté des allégations dont il se plaint. Le diffamateur n'est pas davantage admis à démontrer le bien fondé de ses articulations ; sa condamnation est certaine. Les juges ne peuvent éviter de la prononcer.

L'art. 35 de la loi du 29 juillet 1881 autorise, au contraire, la preuve des faits diffamatoires contre les fonctionnaires publics, les corps constitués, les membres des armées de terre ou de mer et même contre les jurés et les témoins. Cet article contient une innovation importante sur la législation antérieure. La vérité des faits allégués peut être également établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière faisant publiquement appel à l'épargne. L'intérêt général exige, en effet, que les personnes exerçant ces professions ou un mandat de cette nature répondent de la sincérité et de la fidélité de leur gestion devant le public auquel elles font appel.

En ce qui concerne les fonctionnaires publics et les membres des corps constitués, la nécessité d'autoriser la preuve des faits articulés s'imposait également. C'est remplir un devoir social,

Digitized by Google

que d'exposer au grand jour les agissements de fonctionnaires indignes ou d'hommes publics qui trahissent la confiance mise en eux. Aucune entrave, aucune barrière ne devaient être opposées à l'exercice de ce droit. Aussi, celui qui accuse soit un fonctionnaire, soit un homme public, tient de la loi elle-même la promesse formelle qu'il sera acquitté, s'il justifie le bien fondé de son accusation.

Il résulte de ce qui précède que l'interdiction de la preuve, en matière de diffamation, *est rigoureusement restreinte aux particuliers*. La loi a-t-elle sagement agi, en traitant d'une façon si différente, les fonctionnaires, les hommes publics, d'une part, et les simples citoyens, d'autre part?

Ce ne sont, certes, pas les panégyristes qui ont manqué au Législateur de 1881. Autoriser la preuve des faits diffamatoires à l'encontre des simples particuliers, ce serait, a-t-on dit, la plus dangereuse des réformes. « *La vie privée doit être murée.* » On ajoute que la société n'a aucun intérêt à connaître les plaies, les vicissitudes de ceux de ses membres, qui ne participent ni de près, ni de loin à l'autorité publique. Enfin, on affirme qu'il n'y aurait plus ni foyer, ni famille, si un diffamateur pouvait impunément — à la seule condition de justifier son accusation — livrer au public les secrets que celui-ci ignore. A l'appui de cette argumentation, on a souvent eu recours à une hypothèse, résumée à peu près en ces termes :

« Je connais un secret infamant, concernant un père de « famille, qui vit dans une sphère modeste, entouré de l'affection, « du respect des siens et en possession de l'estime générale. « Cet homme a commis, dans le passé, une seule faute, déjà « ancienne, ignorée de presque tous; mais, cette faute, il a fait « tous ses efforts pour la racheter par une vie sans reproche. En « la signalant au public, je rends à la société un service petit et « indéterminé, tandis que le mal que je fais est immense. Je « détruis le bonheur de toute une famille. Je fais plus : je retire « au père de famille l'autorité dont il a besoin, pour remplir ses « devoirs envers ses enfants; car je lui dérobe leur respect, sans « lequel l'autorité paternelle n'est rien. Je mets enfin à néant, « pour une faute unique, tous les titres que ma victime a pu

Digitized by Google

« conquérir à l'estime de ses concitoyens par une longue série « d'actions honorables.

« Il est évident que, dans ce cas, je ne remplis pas un devoir « de conscience. Je commets, au contraire, un acte répréhensible, « une injustice, dans le sens propre du mot. On ne saurait, dès « lors, m'absoudre parce que mon accusation était fondée. »

Loin de nous la pensée de méconnaître le caractère concluant, qui s'attache à une semblable hypothèse. Nous n'en demeurons pas moins convaincu que le législateur a eu le tort d'établir, au point de vue de la preuve des faits diffamatoires, une différence si absolue entre les particuliers et les hommes publics. On verra, d'ailleurs, dans un instant, que la réforme par nous sollicitée aurait pour effet de faire disparaître les inconvénients, les dangers si habilement mis en lumière dans l'hypothèse précitée. Mais, au préalable, il nous paraît nécessaire de démontrer les vices de la législation actuelle et de signaler les effets funestes de cette interdiction de la preuve, dans les procès en diffamation, où l'honneur des simples particuliers est seul mis en cause. Pour arriver à ce résultat, nous aurons recours à deux espèces.

A. — Le particulier, objet de la diffamation, est un homme sans moralité, ne jouissant d'aucune considération. Un pareil individu n'a pas à redouter de voir son honneur — qui n'existe plus — subir les atteintes d'un procès scandaleux devant la juridiction correctionnelle. Il se présente, le front haut, devant ses juges. La certitude qu'il a que son accusateur ne sera pas admis à prouver ses allégations, lui donne une cynique audace. Pourquoi, lui, l'homme taré, a-t-il ainsi résolu de traduire l'honnête homme qui l'accuse devant la juridiction correctionnelle? C'est, le plus souvent, sous l'empire de deux mobiles.

Le diffamé sait que la bouche de son accusateur doit forcément rester muette et que celui-ci doit être fatalement condamné. Dans ces conditions, il spécule sur son propre déshonneur. Il se fait ce raisonnement : on m'a jeté à la face mes turpitudes; soit! Mais celui qui m'a démasqué n'avait pas, *légalement*, le droit de le faire. Il faut qu'il expie cette mission de justicier, qu'il s'est ainsi arrogé. J'obtiendrai de la justice qu'il soit condamné à me payer des dommages-intérêts.

Digitized by Google

L'homme déshonnête obéit encore à un second mobile.

Il faut appartenir au monde judiciaire ou avoir, tout au moins, une instruction assez étendue, pour savoir que, devant la juridiction correctionnelle, la preuve des faits diffamatoires n'est pas admise. L'homme taré spécule sur cette circonstance. Il se dit que lorsqu'on apprendra la condamnation de son accusateur, beaucoup de gens simples — et ils sont plus nombreux qu'on ne pense — croiront à son innocence. Aux yeux de plusieurs qui, jusque-là, l'avaient eu en très médiocre estime, il sera réhabilité !

B. — Bien différente est, le plus souvent, l'attitude de l'honnête homme diffamé. Pourquoi s'adresserait-il à la juridiction correctionnelle, puisque la loi lui défend d'apporter à ses juges la preuve de son innocence et qu'il ne peut pas, davantage, forcer son accusateur à justifier ses allégations? Que gagnerait-il à poursuivre son calomniateur devant la justice? Rien, absolument rien ! L'effet de la calomnie, dont il est victime, serait encore aggravé par la publicité des débats. Cet effet ne serait nullement atténué par les dommages-intérêts, l'amende et même l'emprisonnement qui pourraient être infligés au calomniateur. Que fera, en cette occurrence, l'homme d'honneur? Il aura recours au duel. Certes, le duel ne signifie rien, comme moyen de justification. Il n'établit pas mieux que le jugement d'un tribunal — dans un procès où la preuve n'a pas été admise — s'il y a eu calomnie ou simple diffamation. Mais le duel est, tout au moins, une réfutation indirecte des imputations qui prétendent déshonorer l'homme loyal. Le courage qu'il déploie prouve qu'il est un homme de cœur. Or, l'opinion publique se refuse, le plus souvent, à croire à l'infamie d'un homme qui a montré un réel courage.

Que conclure de l'examen attentif des deux espèces que nous venons d'envisager? Notre appréciation sera peut-être trouvée bien sévère, mais nous n'hésitons pas à la formuler ainsi : *En matière de diffamation, la juridiction correctionnelle est impuissante à protéger le véritable honneur; par contre, elle protège fréquemment le faux honneur.*

On ne sera donc pas surpris de nous voir désirer ardemment une réforme qui enlèverait aux tribunaux correctionnels la con-

Digitized by Google

naissance de tous les procès en diffamation intéressant les particuliers. Quelle serait alors la juridiction compétente ? Le jury, *mais un jury spécial.*

III.

Ce jury spécial, sur la composition duquel nous nous expliquerons tout à l'heure, devrait connaître, tout à la fois, des délits de diffamation visant les fonctionnaires, les hommes publics et les sociétés financières, comme de ceux intéressant les simples particuliers. Toutefois, une distinction serait établie entre les deux cas. On a vu que, sous l'empire de la législation actuelle, celui qui, par ses allégations, a mis en cause l'honneur d'un fonctionnaire ou d'un homme public, est assuré de l'impunité, s'il justifie le bien fondé de son accusation. Nous pensons que la même immunité devrait être réservée à l'accusateur, dans une réforme de la loi de 1881.

Lorsqu'au contraire, la personne diffamée sera un simple particulier, il conviendra de formuler, en ces termes, la question posée au jury spécial : L'inculpé est-il *coupable* d'avoir diffamé le plaignant? En soulignant le mot « coupable », nous avons donné à notre projet de réforme son véritable caractère, sa portée sociale. Nous admettons, il est vrai, l'accusateur d'un simple citoyen à faire, devant le jury spécial, la preuve de ses allégations diffamatoires; mais nous ne lui promettons nullement l'impunité, dans le cas où ses assertions seraient reconnues exactes. Il faut que le jury spécial ait, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation S'il estime que l'accusateur a seulement eu en vue le bien public; que sa révélation s'est produite, uniquement pour mettre fin à un odieux et funeste abus d'influence, il le déclarera *non coupable.*

Mais si, au contraire, il appert des débats que le diffamateur a commis un acte de vengeance, ou n'a cédé qu'à des considérations étroites et mesquines; s'il est établi, d'autre part, que le diffamé, depuis sa faute, avait fait tous ses efforts pour se réhabiliter, le jury spécial n'hésitera pas à déclarer *coupable* l'accusateur, si vraies que soient ses allégations.

Qui ne voit l'heureux résultat que produirait une pareille ré-

Digitized by Google

forme? Afin de justifier la législation actuelle, on avait mis en avant cette hypothèse — sur laquelle nous nous sommes longuement étendu — d'un homme qui avait su se réhabiliter, après une faute unique, et on s'écriait : nous ne pouvons pas autoriser un particulier à dévoiler au public des secrets de famille, en le soumettant à une seule condition : la preuve de la vérité des faits allégués. Notre système pare à ce grave inconvénient, à ce réel danger. L'accusateur d'un simple citoyen saura que le jury spécial ne se prononcera sur sa culpabilité, qu'après un examen attentif et minutieux des mobiles qui auront provoqué sa délation. Il y aura, dès lors, tout lieu d'espérer que ceux qui s'attribueront cette mission redoutable de *justiciers*, sonderont soigneusement leur conscience, avant d'entrer dans une voie, pleine de danger pour eux, si leurs intentions ne sont pas pures.

IV.

Quelle sera la composition de ce jury spécial, auquel nous voudrions déférer tous les délits de diffamation, sans distinguer, désormais, les simples particuliers, des hommes publics? Comment fonctionnera-t-il?

M. Beaussire, à qui l'existence de ce jury spécial paraît une chose désirable et même nécessaire, n'aborde pas l'examen de ces points. Il était, en effet, difficile au savant membre de l'Institut, de donner place à des détails d'administration, dans une étude qui présente, surtout, un caractère philosophique. Nous n'avons pas les mêmes raisons pour nous abstenir. L'examen de ces points secondaires s'impose à l'attention du magistrat.

En réclamant, dès les premières pages de cet article, la création d'un jury spécial, nous avons fait suffisamment connaître que ce n'était pas au jury de nos Cours d'assises, qu'il convenait de déférer les délits de diffamation. Nul ne professe plus que nous un profond et sincère respect pour notre jury criminel. Lorsque nous dirigions le Parquet d'une Cour d'assises, son intelligent concours nous a été souvent précieux. Nous déclinons, cependant, sa compétence. Pourquoi? En voici la raison :

Le jury criminel est, devant nos Cours d'assises, à la hauteur de sa grande mission, parce qu'il est composé d'honnêtes gens,

Digitized by Google

pris dans les rangs les plus élevés, comme les plus humbles de la société. Le simple cultivateur collabore souvent à l'œuvre de la justice avec des hommes qui, soit par leur science, soit par leur personnalité, occupent dans le pays une situation considérable. Pour avoir un excellent jury criminel, il suffit d'en former les éléments avec des hommes probes. Eh bien! nous n'hésitons pas à le proclamer : l'honnêteté à elle seule est insuffisante, pour faire des juges en matière d'honneur. Et ici, nous donnons au jury spécial le nom que la loi sollicitée consacrera, sans doute, nous l'appelons « *le jury d'honneur.* »

Pour faire partie de cette magistrature d'élite, il ne doit pas suffire d'être honnête; il faut encore avoir sur toutes les questions d'honneur une compétence indiscutable. Pour mieux faire comprendre toute la distance qui sépare l'honnêteté de l'honneur, nous dirons que l'une représente le *positif* et l'autre le *superlatif*.

Ceci posé, demandons-nous comment seront formés les jurys d'honneur? De même que c'est une commission qui préside au recrutement du jury criminel, de même aussi, il conviendrait de confier à une commission spéciale le soin de choisir les jurés d'honneur. Cette commission devrait être composée d'un magistrat, d'un membre de l'armée, d'un homme de lettres ou journaliste et d'un représentant de l'administration.

La présence d'un magistrat au sein de cette commission s'explique aisément : tous les citoyens sont placés sous la protection des magistrats. Ceux-ci doivent sauvegarder non seulement leur personne, mais encore leur patrimoine. Or, l'honneur soit personnel, soit héréditaire est, la partie la plus précieuse de tout patrimoine.

Nous réclamons aussi le concours d'un membre de l'armée. Nul n'ignore, en effet, que l'honneur, sous toutes ses formes, tous ses aspects, est dans notre armée l'objet d'un culte spécial!

La place d'un homme de lettres ou journaliste est également marquée au sein de la commission. Le plus souvent, en effet, les allégations dirigées contre l'honneur se produisent par la voie des livres ou des journaux. Le journaliste ou l'homme de lettres, qui siégera dans la commission, obtiendra l'inscription sur la

Digitized by Google

liste des jurés d'honneur de confrères estimés et jaloux de cette dignité professionnelle, que de misérables pamphlétaires tentent, parfois, de compromettre. Lorsque le prévenu traduit devant le jury d'honneur aura commis un délit de diffamation, par la voie de la presse, il pourra être ainsi soumis au jugement de ses confrères, de ses pairs, ce qui constituera, pour lui, une sérieuse garantie.

Enfin, nous réclamons l'adjonction, dans la commission, d'un membre de l'administration, représentant plus spécialement le Gouvernement, qui ne peut rester désintéressé en une semblable matière.

V.

La commission ainsi formée, dans chaque département, dresserait la liste des jurés d'honneur. Cette liste devrait être transmise au Procureur général près la Cour d'appel. Quiconque, homme public, fonctionnaire ou simple citoyen, aurait à se plaindre d'allégations diffamatoires, adresserait au Procureur général une requête, tendant à la comparution du diffamateur devant le jury spécial. Au jour fixé pour les débats contradictoires, les noms de six jurés seraient extraits d'une urne renfermant la liste de tous les jurés d'honneur. Les parties en cause s'expliqueraient, à huis clos, devant le jury et seraient admises à la preuve des faits allégués. — Nous nous sommes expliqué, plus haut, sur les effets de la preuve ; nous n'avons donc pas à revenir ici, sur ce point.

Devant le jury criminel, trois magistrats formant la Cour d'assises, sont chargés de déterminer la peine qu'il convient d'appliquer à l'accusé reconnu coupable. Nous estimons que la présence de ces magistrats n'est pas nécessaire devant le jury d'honneur. Ce serait diminuer le rôle et amoindrir le caractère de la nouvelle institution. La loi fixera un *minimum* et un *maximum* pour l'amende et l'emprisonnement, et il sera loisible au jury spécial de se mouvoir entre ces limites extrêmes.

Par contre, nous pensons qu'un magistrat du Parquet doit participer à l'œuvre du jury d'honneur. Lorsque les parties en cause se seraient expliquées, soit par elles-mêmes, soit par leur Con-

Digitized by Google

seil, le Ministère public pourrait être utilement entendu, tant pour donner au jury un avis impartial, que pour l'éclairer sur les questions de droit soulevées, souvent, en semblable matière. Le Ministère public assurerait, de plus, l'exécution des décisions survenues, en ce qui concerne les peines d'amende et d'emprisonnement.

Si, pour l'application de ces peines, il y a lieu de limiter le jury d'honneur, il conviendrait, au contraire, de lui laisser le champ libre, au point de vue des dommages-intérêts. Sous l'empire de la législation actuelle, le diffamé ne peut en obtenir que tout autant qu'il a pris des conclusions formelles en ce sens. Souvent, en effet, la réparation morale se complète par la réparation matérielle, sous la forme de dommages-intérêts. Ceux-ci ont, d'ailleurs, par eux-mêmes, une signification spéciale; car ils marquent, par un signe sensible, le cas que font les juges de l'honneur dont ils sont les arbitres.

Mais, dans la pratique, voici ce qui se produit : Beaucoup de plaignants en diffamation — et ce ne sont pas les moins honorables — affectent de ne pas demander de dommages-intérêts ou de ne demander qu'un chiffre insignifiant, un franc. Ils ne veulent pas avoir l'air de spéculer sur le procès intenté au diffamateur. Ils peuvent craindre, en outre, s'ils demandent un chiffre élevé, de subir, de la part des juges, un rabais qui, en pareille matière, semblerait une diminution de leur honneur. Aussi, pour permettre aux réclamations les plus légitimes de se produire sans crainte, on devrait autoriser le jury d'honneur à donner, *d'office*, des dommages-intérêts à la partie diffamée. En Angleterre, les choses se passent ainsi; les juges font varier, suivant les circonstances, les dommages-intérêts d'un *farthing* (un centime) à plusieurs milliers de livres sterling !

Telle est, dans ses grandes lignes, la réforme que nous sollicitons du législateur. Depuis quelques années, le Gouvernement de la République marche résolûment dans la voie du progrès. Le bien-être matériel du citoyen, ses prérogatives et ses libertés font l'objet de sa constante sollicitude. Il ne peut, dès lors, se refuser à protéger le plus précieux de ses biens, son honneur !

R. BIROT-LETOURNEUX.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LOI PORTANT MODIFICATION DU RÉGIME FISCAL EN MATIÈRE DE *SUCCESSIONS* ET *DONATIONS ENTRE-VIFS* [1],

Par M. Francis CAMBUZAT, docteur en droit, ancien magistrat.

Le projet de loi déposé le 27 mars 1888 par le ministre des Finances au nom du Gouvernement sur le bureau de la Chambre des députés, projet inspiré à la fois par des nécessités économiques et des besoins budgétaires, comprend deux parties distinctes. La première contient une très heureuse innovation en ce qui concerne la *déduction du passif* pour la liquidation et le paiement de mutation des droits par décès (art. 1 à 7 du projet); la seconde édicte par contre un *accroissement notable des droits d'enregistrement,* des donations entre-vifs de toute nature et des mutations par décès (art. 7 à 10 du projet).

I. — *Déduction du passif.*

Aux termes de l'art. 870 du Code civil, « les cohéritiers con-« tribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la suc-« cession chacun dans la proportion de ce qu'il y prend. » Ces dettes et charges sont encore supportées par les *successeurs aux biens,* c'est-à-dire les successeurs irréguliers, les légataires universels ou à titre universel (art. 871). Les héritiers légitimes sont tenus de les payer *parce qu'ils représentent le défunt et continuent sa personne.* Les successeurs aux biens en sont tenus également parce que, le patrimoine du défunt étant le gage de ses créanciers, il est juste qu'il ne leur arrive qu'avec la charge dont il était grevé précédemment. Il n'y a de biens que déduction faite des dettes, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno;* c'est là un principe d'équité naturelle. Aussi les héritiers et les successeurs aux biens ne contribuent-ils aux dettes et charges de la succession qu'en proportion de la part qu'ils recueillent dans la succession, sans toutefois que leur contribution puisse dépasser leur émolument. Ils sont tenus personnellement pour leur

[1] Voir sur cette question : *De la déduction des dettes et charges dans l'impôt sur les successions,* par M. Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Digitized by Google

part et portion héréditaire ou successorale (art. 873), suivant qu'il s'agit d'héritiers ou de successeurs aux biens. Les héritiers qui se trouvent en concours avec ceux-ci sont même, au cas où ils n'auraient pas accepté sous bénéfice d'inventaire, tenus vis-à-vis des créanciers chirographaires au-delà de leur part et portion héréditaire, sauf leur recours contre les successeurs aux biens. Tels sont les principes généraux sur le paiement des dettes en matière de succession.

Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno. Cet adage admis en matière civile n'est plus vrai en matière fiscale, et tel héritier ou successeur aux biens qui, en raison des dettes laissées par le défunt, ne sera tenu envers les créanciers que pour une part très minime et souvent ne le sera pas du tout, sera obligé d'acquitter les droits de succession sur toute la part pour laquelle il figure officiellement dans la succession du *de cujus*. En d'autres termes, la déduction du passif n'est pas admise, lorsqu'il s'agit de la liquidation et du paiement des droits de mutation par décès. C'est là un principe rigoureux qui, dit avec raison l'exposé des motifs du projet de loi dont nous nous occupons, éveille pas son seul énoncé, l'idée d'une violation des règles de la justice et de l'égale répartition des charges entre les citoyens, et dont l'application entraîne souvent des conséquences iniques et tout à fait injustifiables.

La loi de frimaire an VII (art. 14-8°) nous dit : « La valeur « des biens est déterminée pour les transmissions entre-vifs à « titre gratuit et pour celles qui s'opèrent par décès, par la « déclaration *estimative* des parties *sans distraction des charges* » et art. 15-7° « celle des immeubles se détermine par l'évaluation « qui sera faite et portée à vingt fois le produit des biens ou le « prix des baux courants, sans distraction des charges. » Cette procédure est motivée sur ce que, pour réaliser l'actif net d'une succession, il faudrait faire procéder par le fisc contradictoirement avec les héritiers à une liquidation de la succession, et autoriser pour cela les agents du Trésor à pénétrer dans les affaires intimes des familles, ce qui serait, dit-on, une cause de lenteur et souvent de scandales.

Malgré cela, le système de la loi de l'an VII a soulevé, à diver-

Digitized by Google

ses époques, de nombreuses protestations auxquelles les pouvoirs publics ont toujours jusqu'ici répondu par des vagues promesses. Lors de l'enquête agricole de 1868, le dépouillement des cahiers a montré qu'il n'est peut-être pas un seul département qui n'ait élevé des plaintes à cet égard. Le rapport fait en 1869 par M. Josseau, député, n'est qu'un écho affaibli des réclamations formulées à cet égard sur tous les points du territoire. Tant avant que depuis cette époque divers projets de réforme ont été présentés aux Chambres législatives pour mettre fin à cet état de chose, mais ils ont toujours échoué pour des causes diverses. A la suite de l'enquête agricole de 1868, de nombreuses pétitions furent adressées au Sénat dans le sens de la déduction du passif et renvoyées au ministère des finances, malgré l'avis du gouvernement (Enquête agricole de 1868, p. 110).

Les objections qui, jusqu'à présent, ont fait ajourner la réforme proposée peuvent se réduire à trois (rapport de M. Josseau) : 1° perte pour le Trésor; 2° difficulté dans l'application de distinguer les dettes sincères de celles qui ne le sont pas; 3° immoralité d'une réforme qui constitue un appât permanent à la fraude en dégrevant d'autant plus le contribuable qu'il est plus habile à tromper.

La première, qui est d'ordre purement fiscal, ne saurait se soutenir dès lors qu'il est reconnu par tout le monde que la loi de frimaire aboutit souvent en pratique à des résultats véritablement iniques. — La difficulté d'application pour la distinction des dettes sincères ou non n'est pas insurmontable, et nous verrons que le projet de loi du gouvernement propose à cet égard des règles qui permettent d'arriver à une évaluation raisonnable du passif. — Quant à l'appât donné à la fraude, c'est là un fait commun à toutes les législations fiscales que le contribuable a toujours un intérêt pécuniaire à enfreindre impunément, surtout s'il est peu scrupuleux.

Une dernière objection dont nous avons déjà dit un mot avait été formulée par l'administration de l'enregistrement elle-même qui allait jusqu'à dire qu'il faudrait, pour appliquer un principe juste en théorie, se livrer en pratique à des investigations auxquelles ses agents ne se prêteraient qu'avec répugnance. A cela,

Digitized by Google

on peut répondre que de pareilles investigations sont faites tous les jours par cette même administration pour constater des déclarations insuffisantes, et qu'elle n'hésite pas, dans ces circonstances, à se livrer aux enquêtes les plus minutieuses.

Lors de la discussion du budget de 1888, cette question de la déduction du passif fut reprise d'une façon plus sérieuse et la commission du budget introduisit dans le projet de loi de finances soumis à la Chambre des députés quatre articles ainsi conçus :

Art. 28. « Le droit de succession se perçoit sur le montant « net de ce que chacun recueille, déduction faite de ce qu'il « doit supporter dans les dettes à la charge de l'héritage qui sont « mentionnées ci-après : (a) Dettes hypothécaires existantes au « jour de l'ouverture de la succession; (b) dettes relatives à la « profession du défunt telles qu'elles existent au jour de l'ou- « verture de la succession; (c) Dettes chirographaires constatées « par acte authentique ou par acte sous-seing privé enregistré « au jour de l'ouverture de la succession. »

Art. 29. « Les héritiers ou représentants qui voudront béné- « ficier de l'article ci-dessus devront fournir à l'enregistrement, « dans le délai de trois mois à partir du jour du décès, tous les « éléments nécessaires pour établir la situation active et passive « du défunt au jour de l'ouverture de la succession. »

Art. 30. « Ne seront pas admises en déduction de l'actif d'une « succession pour la liquidation des droits de mutation : 1° Les « dettes reconnues par le défunt au profit de ses héritiers, dona- « taires ou légataires; 2° les intérêts des dettes hypothécaires au- « delà d'une année. »

Art. 31. « Dans le cas de concert frauduleux entre les héri- « tiers, donataires ou légataires et des tiers pour obtenir une « diminution non due, le triple du droit ainsi frustré pourra être « réclamé à chacun d'entre eux sans préjudice des poursuites « correctionnelles, s'il y a lieu. »

Réfutant les objections soulevées contre la réforme proposée, e rapporteur général du budget de 1888, M. Yves Guyot, député[1], s'exprime ainsi : « Les droits de mutation doivent être perçus « sur les valeurs que le testateur laisse à son héritier, et non pas

[1] Aujourd'hui ministre des Travaux Publics.

Digitized by Google

« sur les charges ; car les charges, ce n'est rien, et où il n'y a « rien, le roi perd ses droits, dit un ancien adage ; c'est même « moins que rien; car elles peuvent constituer des obliga- « tions. Le droit de mutation est donc établi sur le vide. L'hé- « ritier n'est héritier qu'à la condition d'avoir quelque chose. « Ce quelque chose, c'est l'actif de la succession. Le reste « ne compte pas pour lui. Cependant la liquidation actuelle « le fait payer pour ce qu'il n'acquiert pas. » Cette déduction est même conforme aux principes du droit civil. Pour fixer la quotité disponible, on déduit les dettes de la succession (art. 922); le Code ne les considère pas comme faisant partie de l'héritage.

Mais ces dispositions ne furent pas adoptées par la Chambre, le gouvernement les ayant combattues comme ne réunissant pas les conditions d'une réforme pratique. Le ministère a pensé qu'une modification aussi considérable ne pouvait être introduite dans la législation fiscale à l'occasion d'une loi de finances, et il en a obtenu l'ajournement en promettant de présenter lui-même un projet de réforme. C'est ce projet qui fait l'objet des présentes observations. — Sans l'examiner dans tous ses détails, nous voulons seulement, en le comparant avec celui de la commission du budget de 1888, en faire ressortir les avantages et les inconvénients.

Il y a tout d'abord lieu de noter entre les deux rédactions une différence toute à l'avantage du projet de la commission du budget de 1888, dont l'art. 28 qui correspond à l'art. 1er du projet gouvernemental déduisait les dettes de plein droit, à charge par les parties intéressées de fournir à l'enregistrement les justifications nécessaires. Le projet du gouvernement exige au contraire que, outre ces justifications, les parties fassent expressément la demande de cette déduction ; c'est là une entrave mise à l'exécution d'une mesure que la loi elle-même déclare bonne[1]. Aussi devrait-elle, suivant nous, disparaître purement et simplement.

[1] Art. 1er. — Pour la liquidation et le paiement du droit de mutation par décès seront déduites, si les parties en font la demande, les dettes en capital à la charge du défunt qui sont liquides au jour de l'ouverture de la succession et qui résultent d'actes authentiques, de jugements ou d'actes sous seings privés enregistrés avant l'ouverture de la succession.

Digitized by Google

En ce qui concerne les dettes admises à déduction, la rédaction de l'art. 28 qui les divise en trois classes nettement définies (V. *suprà*) semble également préférable à celle de l'art. 1er qui se contente de parler, en termes généraux, des dettes en capital à la charge du défunt liquides au jour de l'ouverture de la succession, ce qui, dans la pratique, pourra donner lieu vis-à-vis du fisc à des contestations. « La mesure, dit l'exposé des motifs, « profite à toutes les dettes civiles, à l'exception d'un petit nombre « qui n'ont pas paru de nature à bénéficier de la déduction, telles « que les dettes de ménage, les frais funéraires, etc. » Il serait à désirer, pour éviter toutes difficultés, que ces exceptions fussent autant que possible l'objet d'une énumération limitative et précise.

L'art. 1er, ajoute-t-on, exclut de la déduction les dettes commerciales qui, par leur nature même, ne constituent pas des dettes proprement dites, mais plutôt une sorte de dette flottante. Leur vérification entrainerait en outre des investigations contraires à tous les usages commerciaux, et l'intervention des agents du fisc aurait ici un caractère vexatoire. D'ailleurs, pour toutes les sociétes industrielles ou commerciales, l'impôt de mutation par décès n'est perçu que sur la part *nette* revenant dans l'actif social à l'associé décédé. — Ces raisons, qui ne sont point sans valeur, eussent incontestablement dû figurer dans la rédaction de l'article 1er dont la généralité des termes paraît comprendre toutes les dettes civiles et commerciales, d'autant plus que cette distinction ne figure ni dans le rapport ni dans la proposition de la commission du budget de 1888 dont le projet ministériel déclare s'être inspiré.

La même observation se retrouve également sous l'art. 2 du projet, qui correspond à l'art. 30 du projet de la commission, et dans sa longue énumération des dettes qui ne doivent pas être déduites, ne contient rien de particulier aux dettes commerciales[1].

[1] Art. 2. — Ne sont pas déduites : 1° les dettes échues dont l'existence au jour de l'ouverture de la succession ne résulte pas d'un acte authentique, d'un jugement ou d'un acte sous seings privés enregistré avant l'ouverture de la succession ; — 2° les dettes contractées par le défunt au profit de ses héritiers, donataires ou légataires ; — 3° les dettes reconnues

Digitized by Google

La précision de ses termes laisse évidemment supposer que toutes les dettes dont il ne parle pas doivent être déduites, quelles que soient leur origine et leur nature. — Cette réserve faite, la rédaction de l'art. 2 nous semble préférable à celle de l'art. 30 du projet de la commission du budget; car elle est plus détaillée, plus nette et laisse par conséquent moins de place à l'arbitraire. Cependant il faut reconnaître qu'elle a eu surtout pour but d'éviter la fraude, et que, dans ces conditions, la déduction des dettes se trouvera considérablement restreinte dans la pratique.

L'art. 3 n'admet comme justifications à fournir par les parties qui demanderont la déduction que le brevet ou l'expédition de l'acte du jugement servant de titre à la dette ou en constatant l'existence au jour de l'ouverture de la succession [1]. Cette énumération nous paraît beaucoup trop restrictive et nous préférons la rédaction de l'art. 29 correspondant de la Commission du budget qui exige des parties la production de tous les éléments nécessaires pour établir la situation active et passive au jour de l'ouverture de la succession. Avec ce système, la preuve par témoins est admissible tant dans le cas des art. 1341 et 1347 du Code civil qu'en matière commerciale; il en est de même de l'aveu et du serment (art. 1354 et 1357). Nous n'y verrions aucun inconvénient.

Le même art. 3 du projet ministériel ne fixe aucun délai pour la production de ces justifications, tandis que l'art. 29 dit qu'elles devront être fournies dans les trois mois à partir du jour du décès. L'absence d'un délai de rigueur peut avoir pour résultat

par testament, lorsqu'elles seront considérées comme des legs; — 4° les dettes hypothécaires dont l'inscription est périmée ou a donné lieu à une main-levée antérieure à l'ouverture de la succession; — 5° les dettes résultant de titres ou de jugements passés à l'étranger, celles qui sont hypothéquées en tout ou en partie sur des immeubles situés à l'étranger ou qui dépendent de successions d'étrangers domiciliés en France; — 6° les loyers et fermages excédant le terme courant.

[1] Art. 3. — A l'appui de leur demande en déduction, les parties devront fournir les justifications nécessaires et représenter le brevet ou l'expédition de l'acte ou du jugement qui sert de titre à la dette ou qui en constate l'existence au jour de l'ouverture de la succession. Le créancier ne peut se refuser à communiquer le titre ou à en laisser prendre une copie collationnée, sous peine de dommages-intérêts.

Digitized by Google

d'endormir les héritiers dans une fausse sécurité et de les exposer à être surpris quand le fisc viendra réclamer le paiement de ses droits. D'autre part, le délai de trois mois peut parfois être insuffisant pour réunir toutes les pièces nécessaires. N'y aurait-il pas lieu d'accorder ici le même délai que celui que la loi impartit aux héritiers pour faire la déclaration de succession elle-même, c'est-à-dire six mois à partir du jour de l'ouverture? Il semble que si le législateur suppose qu'un pareil laps de temps soit nécessaire aux héritiers pour se rendre compte de l'état et des forces de la succession, le même délai doive être indispensable pour examiner le nombre et la nature des justifications à produire pour obtenir la déduction des dettes.

L'art. 4 s'en rapporte pour la liquidation des droits à la déclaration des parties en ce qui concerne la valeur vénale des immeubles, valeur qui ne doit cependant pas être inférieure, dit-il, au denier vingt pour les propriétés urbaines et au denier trente pour les propriétés rurales [1]. C'est là une évaluation fort élevée, ainsi que l'exposé des motifs le reconnaît d'ailleurs lui-même. Cette disposition ne figure pas dans le projet de la Commission du budget.

Enfin, pour réprimer la fraude et comme sanction des mesures édictées, l'art. 5 s'en réfère aux lois existantes qui frappent du double droit toute omission de déclaration [2]. Cette pénalité semble suffisante et préférable à celle de l'art. 31 du projet de la Commission du budget qui permet de l'élever au triple du droit frustré. Toutefois, comme elle n'est, d'après le texte même de l'article, applicable qu'en cas de concert frauduleux entre les héritiers, donataires ou légataires et des tiers pour obtenir une

[1] Art. 4. — Dans toutes les successions où il y a lieu à la déduction des charges, les droits seront liquidés sur la valeur vénale des immeubles déterminés par la déclaration des parties et sans que cette valeur soit inférieure au produit de la capitalisation du revenu faite au denier vingt pour les immeubles urbains et au denier trente pour les immeubles ruraux, conformément aux lois existantes.

[2] Art. 5. — La pénalité établie par les lois en vigueur pour les omissions sera applicable à *toute déclaration tendant à obtenir indûment* la déduction d'une dette. L'amende qui sera d'une somme égale au double du droit, est due solidairement par les contrevenants.

Digitized by Google

diminution non due (argument tiré du mot *indûment*), il faut en conclure, qu'au cas où ce concert n'existe pas ou bien lorsqu'il n'y a qu'un seul héritier, on rentre sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire que, conformément à l'art. 4 du projet ministériel, le double droit seul peut être exigé.

En cas de désaccord entre l'administration et les héritiers sur la valeur des immeubles de la succession, il y a lieu à une expertise judiciaire provoquée par les soins des agents du fisc, aux termes des dispositions de la loi de frimaire an VII. Les formes de cette expertise qui donne lieu aujourd'hui à des lenteurs et à des complications extrêmes sont simplifiées par l'art. 6 du projet de loi qui n'en conserve pas moins aux parties les garanties que leur assure le contrôle de l'autorité judiciaire [1]. Les dispositions nouvelles édictées par cet article ne nous paraissent donner lieu à aucune observation.

II. — *Elévation des droits de succession.*

La réforme proposée relativement à la déduction du passif donne lieu à une moins-value de perception qui, d'après les cal-

[1] Art. 6. — 1° Lorsqu'il y a lieu à l'expertise autorisée par les lois des 22 frimaire an VII, 23 août 1871, 28 février 1872 et par la présente loi, le receveur ou autre préposé de l'administration de l'enregistrement en fait notifier la demande à la partie. L'exploit contient désignation de l'expert de l'État et sommation à la partie de désigner son expert ou de former opposition à l'expertise avec assignation devant le tribunal de la situation des biens. Le tout dans la quinzaine de la notification ; — 2° Après l'expiration de ce délai, il est procédé à l'expertise par l'expert de l'administration et par deux autres experts désignés, l'un par le Président du tribunal et l'autre par la partie ou, à son défaut, par le juge de paix du canton de la situation des biens ; — 3° Les dispositions de l'art. 15 de la loi du 23 août 1871 relatives à l'expertise par un seul expert, sont applicables lorsque le prix exprimé ou la valeur déclarée n'excède pas 5.000 francs et, au-dessus de ce chiffre, lorsque toutes les parties y consentent; — 4° Les experts sont dispensés du serment; — 5° Ils forment leur avis à la majorité et cet avis fixe définitivement la valeur des biens; — 6° La prescription est interrompue par la signification à la partie de la demande en expertise. Celle de l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an VII est applicable aux demandes formées en exécution de l'art. 17 de la même loi ; — 7° Sont maintenues toutes les dispositions de lois antérieures qui ne sont pas contraires au présent article.

Digitized by Google

culs du Ministre des finances, doit se traduire pour le Trésor par une perte annuelle de 20 à 25 millions.

C'est cette somme que la seconde partie du projet de loi cherche à récupérer au moyen de l'élévation des droits de succession, afin d'arriver à l'équilibre du budget. La réforme proposée, bien qu'excellente en elle-même, paraît donc devoir se réduire en pratique, c'est-à-dire au point de vue financier, à un simple virement d'impôt. — L'art. 7 du projet augmente de 1 0/0, outre les décimes et demi-décime, tous les droits de succession en ligne collatérale et entre personnes non parentes, ce qui constitue une notable aggravation des charges héréditaires [1].

Quelqu'élevés que soient ces droits, ils sont encore moindres que ceux proposés par la commission du budget de 1888 dans son art. 34 [2]. La commission frappe toutes les mutations par décès et certaines transmissions entre-vifs; le projet du gouvernement frappe à la fois les mutations entre-vifs et les successions de toute nature. Elle établit pour les unes et les autres un tarif proportionnel à la valeur des biens transmis, tarif qui, pour le cas qui nous occupe, s'éleve jusqu'à 14 fr., 50 0/0 entre parents au-delà du 4e degré et personnes non-parentes pour les successions supérieures à 50.000 francs. La commission atteint également les successions en ligne directe qui, pour un capital

[1] Art. 7. — Les droits d'enregistrement des donations entre-vifs de toute nature et des mutations par décès, soit par succession, soit par testament ou autres actes de libéralités à cause de mort, qui auront lieu à compter de la promulgation de la présente loi, des biens meubles ou immeubles en ligne collatérale et entre personnes non parentes, seront perçus selon les quotités ci-après : — Entre frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces, en principal sept francs cinquante centimes pour cent (7 fr. 50 0/0); — entre grands-oncles, grandes-tantes, petits-neveux, petites-nièces, cousins germains, en principal huit francs pour cent (8 0/0); — entre parents au-delà du quatrième degré et jusqu'au dixième, en principal neuf francs pour cent (9 0/0); — entre parents au-delà du dixième degré, jusqu'au douzième, en principal neuf francs cinquante centimes pour cent (9 fr. 50 0/0);— entre personnes non parentes, en principal dix pour cent (10 0/0). — Ces droits sont sujets aux décimes.

[2] Cet article contenant un tableau en plusieurs colonnes des droits à payer, nous croyons inutile de le reproduire ici; l'analyse que nous en donnons nous paraît suffisante.

Digitized by Google

de plus de 50.000 francs, sont frappées d'un droit de 3 0/0 et les successions entre époux qui, pour le même taux, paient jusqu'à 6 fr., 50 c. 0/0; le projet ministériel ne touche ni aux unes ni aux autres. Bien que l'art. 34 n'en parle pas, ces droits doivent évidemment être, d'après le droit commun des lois de frimaire an VII et du 23 août 1871 en matière fiscale, sujets aux décimes et demi-décime.

Malgré les protestations du rapporteur du budget de 1888, il y a là un impôt progressif destiné à peser lourdement sur les petites successions et par conséquent sur la petite propriété. Aussi serait-il à craindre que l'adoption d'un pareil système ne nuisît considérablement à la conservation des biens dans les familles des petits propriétaires ruraux qui, en l'absence d'héritiers directs, désireux d'éviter à des collatéraux qu'ils affectionnent des droits successoraux excessifs, se déferont de leur vivant de leurs immeubles, soit au profit des grands propriétaires voisins, soit au profit de marchands de biens qui les achèteront à vil prix.

Cette question de la transmission des biens (dans les campagnes surtout) avait préoccupé à juste titre le gouvernement lors de l'enquête agricole de 1868. La commission avait été, dès cette époque, frappée de ce fait que, souvent par suite de morts répétées dans une même famille, le même droit de succession pouvait être perçu à des intervalles très-rapprochés et absorber parfois la valeur même de l'immeuble. Aussi avait-elle émis le vœu que, dans tous les cas, le même droit de succession ne pût être perçu sur un même immeuble qu'après une époque de cinq années (Enquête agricole, p. 134 et suiv.). La commission voulait également que, tout en maintenant le délai de six mois pour les déclarations de succession, on accordât un délai d'un an pour le paiement des droits, afin de donner aux petits propriétaires ruraux le temps et la facilité pour trouver les fonds nécessaires. (Rapp. de M. Josseau, Enquête agricole, p. 12, 60 et suiv.).

Les art. 8, 9 et 10 du projet ministériel édictent des réformes utiles dont ne s'est pas préoccupée la commission du budget de 1888. L'art. 8 exige pour le transfert ou l'aliénation des titres nominatifs des sociétés et établissements publics le certificat de paiement des droits de mutation par décès dont la production

Digitized by Google

n'est obligatoire jusqu'ici que pour le transfert des rentes sur l'État[1]. Cette réforme ne fait que légitimer une mesure dont les compagnies et sociétés financières réclament généralement l'accomplissement dans la pratique. L'art. 9 se basant sur l'assimilation de plus en plus grande de l'Algérie à la France étend à la colonie les droits et tarifs qui régissent en France les mutations entre-vifs à titre gratuit et les mutations par décès[2]. Enfin l'article 10 élève de 3 0/0 à 6 0/0 la taxe établie par la loi du 29 juin 1872 sur les intérêts des emprunts et obligations, et étendue par la loi du 21 juin 1875 aux primes de remboursement et aux lots payés aux détenteurs des titres sortis au tirage[3]. Si cette réforme ne peut soulever d'objections sérieuses en ce qui touche les lots eux-mêmes qui ne sont que les produits de la chance et sur lesquels le bénéficiaire n'est pas en droit de compter, il ne saurait, suivant nous, en être de même des primes de remboursement. En effet, celui qui achète une obligation de 300 francs ou plus, sait qu'il a droit, outre les intérêts annuels,dans un temps plus ou moins long à un remboursement de 500 francs; ce remboursement lui est dû, c'est seulement l'époque qui en est incertaine et est l'objet d'un *aléa*. Aussi peut-il sembler peu équitable de le frapper d'un droit quelconque; à plus forte raison en est-il ainsi, lorsqu'il s'agit d'une élévation de droits de 3 0/0 à 6 0/0.

[1] Art. 8. — L'art. 25 de la loi du 8 juillet 1862 est modifié ainsi qu'il suit : Le transfert ou la mutation au Grand-Livre de la dette publique d'une inscription de rente provenant de titulaires décédés ou déclarés absents, ne pourra être effectué que sur la présentation d'un certificat délivré sans frais par le receveur de l'enregistrement, constatant l'acquittement du droit de mutation par décès. — Il en sera de même pour les transferts de titres nominatifs des sociétés, départements, communes et établissements publics, à peine par ces sociétés, départements, communes et établissements publics de demeurer personnellement responsables des droits.

[2] Art. 9. — Sont applicables à l'Algérie les lois et tarifs qui régissent en France la perception des droits de mutation par décès. Sont également applicables en Algérie les tarifs établis, en principal et décimes, sur les mutations entre-vifs à titre gratuit en France. L'un des décimes continuera à être perçu au profit de l'Assistance publique, conformément à la loi du 29 juillet 1882.

[3] Art. 10. — A partir du 1er janvier 1889, la taxe établie par l'art. 5 de la loi du 21 juin 1875 est fixée à six pour cent (6 0/0).

Digitized by Google

Par ce court exposé tant du projet du gouvernement que de celui de la commission du budget de 1888, on voit que la déduction du passif dans les successions, réforme excellente et juste en elle-même, si on la rapproche de l'augmentation proposée des droits de succession, se réduit en fait à une satisfaction purement platonique donnée au contribuable. Celui-ci rendra en effet presqu'aussitôt au Trésor, lors du paiement des droits de la succession à laquelle il est appelé, l'équivalent de ce qui lui aura été remis par suite de le déduction du passif. — De plus, comme il y a, dans la pratique, nombre de successions qui ne renferment aucune dette et dans lesquelles il ne peut par conséquent être question de déduire un passif quelconque, le bénéfice que l'Etat retirera en fait de l'évaluation des droits successoraux en ligne collatérale (ou même en ligne directe, d'après la commission du budget) compensera et au-delà la perte que le Trésor subira par la déduction du passif. F. CAMBUZAT.

BIBLIOGRAPHIE

LES TRAITÉS DE GARANTIE AU XIXe SIÈCLE. — ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL ET D'HISTOIRE DIPLOMATIQUE [1],

Par M. Milovanowitch, docteur en droit.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon

Si jamais ouvrage eut le don de l'opportunité, c'est bien celui qu'a publié dernièrement M. Milovanowitch. Le moment était d'autant mieux choisi pour livrer à la publicité une étude du genre de la sienne, que les Chambres ayant eu l'heureuse et libérale pensée de voter un crédit spécial affecté à la création d'un cours de droit des gens dans nos différentes Facultés de droit, il est à espérer que ce cours sera prochainement institué partout, — à l'heure où nous écrivons ces lignes, il existe déjà dans dix Facultés — et tout porte à croire que, de ce jour-là, la savante étude de l'auteur sera dans toutes les mains. Elle se recommande, en effet, à l'attention, par plus d'un côté, et est digne des plus grands éloges. Le but que M. Milovanowitch s'est proposé, et, disons-le de suite, qu'il a réalisé avec un succès que

[1] Paris, 1888, 1 vol. in-8.

Digitized by Google

nous nous plaisons à constater ici, c'est d'écrire l'histoire complète des traités de garantie au XIXe siècle, de déterminer les caractères juridiques de ces traités et d'en examiner la valeur pratique. Les traités de garantie proprement dits, et c'est de ceux-là, exclusivement, que l'auteur s'est occupé, sont, pour lui emprunter sa définition même (p. 10) « des traités par lesquels une ou plusieurs puissances s'engagent soit à respecter, soit à la fois à respecter et à faire respecter un certain état de choses concernant la situation internationale ou même la situation intérieure d'un ou de plusieurs autres États. » Ils peuvent avoir des objets multiples : ou bien la garantie de l'indépendance et de l'intégrité territoriales; ou bien la garantie de la neutralité perpétuelle; ou bien encore la garantie pour le maintien d'un gouvernement déterminé; ou bien, enfin, la garantie de certains droits publics, politiques, ou civils, en faveur de l'ensemble des citoyens ou seulement d'une catégorie de citoyens dans un État indépendant. L'importance considérable du rôle joué au XIXe siècle par les traités de garantie, la place prépondérante qu'ils occupent encore dans la politique internationale européenne, témoignent assez de l'intérêt capital que revêt la monographie de M. Milovanowitch.

Son livre se divise en trois parties, précédées d'une Introduction, dans laquelle l'auteur a le soin de nous expliquer les deux acceptions différentes du terme « traités de garantie », qui désigne, en effet, tout ensemble, les traités accessoires de garantie, ou, à proprement parler, la garantie des traités, et les traités principaux de garantie, ces derniers constituant seuls, *stricto sensu*, les traités de garantie; — puis, de consacrer quelques pages aux traités de la première sorte, nous voulons dire aux traités accessoires de garantie.

Ainsi que nous l'avons énoncé plus haut, l'auteur n'envisage que les traités principaux de garantie, c'est-à-dire les traités de garantie proprement dits.

Dans une première partie, il expose les éléments constitutifs de ces traités, les différentes stipulations qu'ils contiennent, les effets qu'ils produisent d'après le droit pur, les modalités sous lesquelles ils se présentent et les causes juridiques de leur

Digitized by Google

extinction. Toute cette partie constitue, à vrai dire, la théorie juridique des traités de garantie; telle est même la rubrique qu'elle porte; l'auteur y recherche successivement quels traités internationaux rentrent parmi les traités de garantie, et quels en sont les objets divers; puis il détermine ce qu'est la garantie pure et simple et la garantie collective, et il traite enfin de la rupture des traités de garantie.

La seconde partie, intitulée : *Le rôle des principaux traités de garantie dans l'histoire des Etats en vue desquels ils étaient contractés*, est de beaucoup la plus étendue. Elle renferme l'exposé historique des principaux traités de garantie, des intérêts qui ont présidé à leur confection et les résultats pratiques qu'ils ont produits. On y trouvera des détails fort curieux et les renseignements les plus circonstanciés sur le congrès de Vienne et la Sainte-Alliance, sur la question polonaise, sur la neutralité suisse, sur la neutralité belge, sur la formation de l'unité allemande, sur la neutralité du Luxembourg et sur la question d'Orient.

Quant à la troisième partie, qui porte pour rubrique « *La valeur pratique des traités de garantie* », elle n'est autre chose que la conclusion de l'auteur sur le rôle de ces traités dans l'organisme international et sur le service qu'ils rendent aux intérêts en vue desquels ils ont été crées.

Ces indications sommaires et cette courte analyse ne donnent, il est vrai, qu'un pâle aperçu d'un livre excellent, bien conduit, fort complet et très clair; mais notre tâche sera remplie, si elles suffisent à montrer l'attrait qui s'attache à sa lecture et les bénéfices réels que l'on en peut tirer. Aujourd'hui, l'étude du droit des gens s'impose impérieusement à nous, si la France tient à conserver le rang élevé qu'elle occupe dans la science européenne; dès longtemps déjà, la plupart des nations s'y sont livrées avec une ardeur louable, qui a porté ses fruits. Il n'est que temps de suivre un exemple aussi salutaire et aussi fécond. Des livres de la valeur de celui dont nous venons de rendre compte sont les moyens les plus propres pour nous inciter à nous lancer résolument dans une entreprise où nous ne pouvons que trouver gloire et profit.

P. LOUIS-LUCAS.

Digitized by Google

LES ASSURANCES SUR LA VIE ET LA COUR DE CASSATION EN 1888 [1],

Par M. J. Lefort, avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon

L'année 1888 a été fertile en décisions d'une importance considérable touchant les assurances sur la vie ; la Cour de cassation, saisie des problèmes les plus graves concernant l'attribution du bénéfice, a posé des solutions juridiques qui sont de nature à accroître le développement de l'assurance en France et revêtent ainsi un intérêt capital. Dans la petite brochure qu'il vient de publier, M. Lefort a eu l'heureuse pensée d'indiquer les progrès réalisés, et de mettre en lumière les tendances de cette jurisprudence récente. Il analyse brièvement les espèces et justifie les derniers arrêts qui ont consacré, sur un point spécial, l'attribution du bénéfice en cas de faillite du contractant, les opinions par lui émises dans l'excellente monographie dont nous avons eu l'occasion de rendre compte ici même [2]. Il consacre également quelques mots à l'indication des autres règles que la Cour suprême a proclamées : elles sont relatives aux conditions sous lesquelles doit intervenir l'avenant, qui substitue un bénéficiaire à un autre désigné par la police ; à la validité d'une acceptation qui se produit après le décès du stipulant, et au remboursement des primes par la personne qui a touché le capital assuré. Ajoutons enfin que le texte des arrêts mentionnés dans son étude se trouve rapporté à la fin du travail.

Cette nouvelle dissertation devient par là même l'annexe inséparable de son aînée, qu'elle complète et enrichit ; et nous avons la conviction que tous ceux que préoccupent l'histoire et l'avenir des assurances sur la vie, les délicates questions qu'elles soulèvent, la solution des problèmes qu'elles ont fait naître jusqu'ici, hésiteront d'autant moins à se procurer ce complément indispensable, que le nom de son savant auteur fait autorité en la matière, et que l'éloge de M. Lefort, qui vit depuis longtemps déjà sur une réputation bien établie, n'est plus à faire aujourd'hui. P. LOUIS-LUCAS.

[1] Lyon, 1889, br. in-8.

[2] Voy. La *Revue critique de Législ. et de Jurispr.*, 1888, p. 188 et suiv.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE COMMERCIALE,

(Année judiciaire, 1887-1888)

Par M. Henri Bonfils, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Le nombre des arrêts et jugements rendus en matière commerciale pendant la dernière année judiciaire n'a pas été inférieur à celui des années précédentes. Mais presque toutes ces décisions se refèrent, soit à de pures questions de fait, soit à des questions de droit ayant été déjà, directement ou implicitement, les objets de précédents examens. — La récolte, au point de vue doctrinal, est peu abondante. Résignons-nous à glaner.

§ 1er. — *Sociétés.*

Les sociétés se livrant à des opérations civiles ont le caractère de sociétés civiles, bien qu'elles aient adopté une des formes réglementées par la loi commerciale, la forme anonyme par exemple. Pour distinguer les commerçants des non-commerçants, la loi s'attache à la nature de leurs opérations professionnelles. Pareillement c'est l'objet de la société, non sa forme, qu'il faut considérer pour distinguer les sociétés civiles des sociétés commerciales. — C'est là un point aujourd'hui certain et la Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 12 décembre 1887, la Cour de Paris dans celui du 24 mars 1888 se sont conformées à la jurisprudence antérieure de la Cour suprême (V. note de M. Lyon-Caen sous Req. 28 janv. 1884, *Sir.* 1886. 1. 465).

Mais cette jurisprudence a acquis une importance particulière dans l'affaire récente et si déplorable de la Société anonyme universelle de Panama, alors que le tribunal civil et le tribunal de commerce de la Seine appréciaient différemment le caractère de cette société, que l'arrêt de la Cour de Paris (8 mars 1889) a rangée dans la catégorie des sociétés civiles. La faillite a pu être évitée; mais le désastre n'en est pas moins considérable; considérable aussi la responsabilité, au moins morale, des administrateurs. La lumière sera-t-elle jamais complètement faite sur cette lamentable affaire? C'est douteux.

Digitized by Google

La jurisprudence est depuis longtemps fixée sur l'étendue de la responsabilité incombant aux fondateurs d'une société anonyme déclarée nulle. Les fondateurs, auxquels la nullité est imputable, se trouvent substitués à l'être moral qui, par leur fait, est déclaré n'avoir pas d'existence légale et sont solidairement tenus d'acquitter la totalité du passif social. Quoiqu'on puisse penser de cette jurisprudence inébranlable, mais repoussée par le projet de loi voté par le Sénat, elle donne une grande importance à la qualification de *fondateurs*. A quels signes, à quels agissements les reconnaître? quels sont les éléments constitutifs de cette qualité?

La loi est muette. Plusieurs lui reprochent ce silence, la blâment de n'avoir pas donné la définition du terme *fondateur* et d'avoir laissé aux tribunaux le soin de déterminer, dans chaque espèce, quelles personnes auront mérité cette qualification en participant réellement à la fondation de la société plus tard annulée. — Nous ne pouvons nous associer à cette critique. Outre le danger que présente toute définition légale, qui ne saurait prévoir et embrasser toutes les hypothèses possibles, la frauduleuse ingéniosité des lanceurs d'affaires véreuses, qui ont tant pullulé de 1879 à 1881 et qui ne vont pas tarder à reparaître, saurait bien vite trouver l'interstice, la fissure permettant d'échapper à la définition légale. A nos yeux, il est bon et sage que dans chaque espèce, chaque litige, la question de savoir quelles personnes ont, par une participation effective, quoique souvent dissimulée, réellement concouru à l'organisation et à la mise en mouvement d'une société constituée au mépris de la loi, soit une question laissée à l'appréciation des juges. Ils ne s'en tiendront pas au titre dont on s'est affublé, mais au rôle joué. Restreindre la qualification de fondateurs aux seuls promoteurs, réels ou apparents, de l'entreprise, ne pas l'appliquer à ceux qui ont sciemment prêté leur concours aux agissements frauduleux des premiers, qui ont, en connaissance de cause, rempli le rôle de comparses, c'est annihiler la sanction légale et permettre aux habiles de se dissimuler derrière les *hommes de paille*. Aussi ne pouvons-nous qu'approuver l'arrêt rendu le 9 avril 1888 par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (*Sir.* 1888. 1. 207).

Digitized by Google

§ 2. — *Transports. — Chemins de fer.*

La Cour de cassation a maintenu, le 25 octobre 1887, le 14 décembre 1887 (trois arrêts du même jour) et le 13 août 1888 *Gaz. Pal.* 1887. 2. 687 et 1888. 2. 298) l'interprétation déjà donnée par de précédents arrêts à la clause de non-garantie des déchets et avaries de route, insérée dans plusieurs tarifs des compagnies de chemins de fer. Cette clause n'a pas pour effet, en cas d'avarie survenue à la marchandise, d'exonérer la compagnie de la responsabilité des fautes commises par elle ou par ses agents, mais de mettre la preuve de la faute, contrairement au droit commun, à la charge de l'expéditeur ou du destinataire. — En présence du nombre considérable des décisions rendues en ce sens, on a le droit de s'étonner de voir autant de tribunaux de commerce résister à cette interprétation et la méconnaître. Malgré la clause, pour eux, le transporteur est toujours présumé en faute : à lui d'établir que l'avarie ne lui est pas imputable. Pour eux, la clause de non-garantie devient lettre morte. Elle ne décharge le transporteur, ni de l'obligation de réparer le préjudice causé à l'expéditeur ou au destinataire, ni de la nécessité de démontrer son irresponsabilité. Que peut-elle bien signifier? Rien.

En sens inverse, et cette doctrine se comprend, de savants auteurs pensent que la Cour de cassation ne donne pas à la clause de non-garantie sa véritable portée. Cette clause devrait être entendue comme entraînant exonération pour le voiturier de la responsabilité des fautes légères, non des fautes lourdes, assimilées au dol selon une constante tradition. Cette thèse touche à la théorie générale des fautes, étude trop vaste pour trouver ici sa place. Nous nous contenterons de signaler au lecteur l'intéressant et instructif débat élevé entre deux savants maîtres des Facultés de Paris et de Lyon, MM. Labbé et Thaller, dans les *Annales de Droit commercial*, 1re année, p. 185 et 251.

Mais dans le cas même où il serait établi par l'expéditeur (ou par le destinataire) que l'avarie a été causée par une faute imputable à la compagnie, l'indemnité a-t-elle pu être limitée à l'avance par un forfait? La Cour de cassation, par arrêt du

Digitized by Google

22 février 1888, a déclaré semblable clause valable et obligatoire, en cassant un jugement rendu en sens contraire par le tribunal d'Albertville. La décision de la Cour ne peut qu'être approuvée. Elle applique simplement les art. 1135, 1152 et 1229 du Code civil. Mais il est à craindre que sa jurisprudence ne soit pas suivie par les tribunaux de commerce.

§ 3. — *Faillite.*

Depuis longtemps une jurisprudence presque constante, manifestée dans de nombreux arrêts, décide que l'état de faillite peut résulter de la simple cessation des paiements, sans jugement déclaratif du tribunal compétent d'après l'art. 440, C. com. Quelques auteurs partagent cette opinion. — MM. Lyon-Caen et Renault en ont donné une entière et convaincante réfutation [1]. Rien à ajouter à la puissante argumentation de ces maîtres autorisés.

Mais signalons la conséquence, inadmissible à nos yeux, que la Chambre civile de la Cour de cassation a déduite du principe adopté. (Cass. civ. 22 février 1888. — *Annales Droit com.* 1888, p. 91). Après avoir rappelé « que la loi considère le commerçant « comme failli et le qualifie tel, par cela seul qu'il a cessé ses « paiements..... en telle sorte que le jugement déclaratif ne crée « pas l'état de faillite, mais ne fait que le proclamer comme né- « cessairement préexistant », la Cour en conclut que les avan- « tages procurés au failli par le fait d'un tiers, dans la période « de la cessation des paiements et dans les dix jours qui l'ont « précédée, profitent directement à la masse des créanciers qui « est tenue par conséquent de l'indemniser jusqu'à concurrence « du bénéfice qu'elle en a retiré, comme l'aurait été le failli lui- « même. »

Le syndic, qui contracte avec des tiers dans l'intérêt de la liquidation, agit pour le compte de la masse des créanciers antérieurs à la déclaration de faillite. Il est juste que ces tiers, nouveaux créanciers, aient la masse pour débitrice. Créanciers de la masse, ils doivent être intégralement désintéressés par préfé-

[1] *Précis de Droit com.*, nos 2647 et suiv.— Laurin, *Cours de Droit com.*, 2e *édit.*, no 828.

Digitized by Google

rence aux créanciers composant cette masse. De même toute personne accomplissant un acte utile doit pouvoir se dire créancière *de* la masse et prétendre à un semblable remboursement [1]. Mais l'application de ce principe équitable suppose l'existence d'une masse, de créanciers syndiqués à la suite de la main-mise résultant du jugement déclaratif. — Comment parler d'une dette à la charge de la masse avant que celle-ci n'existe? Comment pouvoir accomplir un acte utile de gestion d'affaires au profit d'un syndicat non encore formé? L'intérêt personnel du débiteur seul a retiré avantage de l'acte utile accompli par le tiers. Celui-ci doit donc prendre place parmi les simples créanciers chirographaires. Il est *dans* la masse et non *hors* de la masse.

Au reste, en présence de la nouvelle loi du 4 mars 1889, notamment des art. 1 et 19 de cette loi, la jurisprudence aura désormais quelque difficulté à maintenir le principe par elle adopté. L'avenir nous dira si elle l'abandonne ou comment elle le concilie avec la loi sur la liquidation judiciaire.

Les deux arrêts, l'un de rejet, l'autre de cassation, rendus par la Chambre civile, les 4 et 5 juin 1888 (*Annales*, 1888, p. 179), ont statué sur un point qui n'aurait jamais dû soulever de difficultés. Il est incontestable que la survenance de la faillite d'un commerçant ne saurait modifier les prescriptions légales indiquant aux officiers publics ou au Directeur de la Caisse des dépôts et consignations la conduite qu'ils doivent tenir, au cas d'oppositions formées sur le montant des ventes de meubles ou sur les sommes déposées à la Caisse. L'obligation de consigner le produit des ventes, lorsqu'il est frappé d'oppositions, imposée par l'art. 657, Proc. civ., est absolue. L'officier public ne peut se faire juge du mérite d'oppositions, dont les unes peuvent disparaître par le fait de la faillite, mais dont les autres peuvent subsister malgré cet événement. — Bien mieux, l'art. 489, C. com., oblige les syndics, au cas où des oppositions ont frappé les sommes consignées, à obtenir la mainlevée de ces oppositions. La prétention élevée par quelques syndics de faillite de toucher des mains d'un commissaire-priseur ou du préposé à la Caisse des consignations les sommes frappées de saisie, sans rapporter la

[1] Thaller, *Revue crit.*, 1881. p. 638.

Digitized by Google

mainlevée volontaire ou judiciaire des oppositions formées, ne pouvait pas être accueillie.

Un failli a un passif hypothécaire. A l'égard de certains créanciers nantis d'hypothèques, le syndic a exercé avec succès, dans l'intérêt de la masse, les actions en nullité conférées par les art. 446 et s., C. com. D'autres créanciers sont également nantis d'hypothèques, régulièrement constituées et régulièrement inscrites vis-à-vis de tous, mais qui ne devraient produire effet qu'après les hypothèques annulées à la requête du syndic, si celui-ci n'eût pas exercé l'action en nullité. A qui doit profiter le bénéfice des annulations prononcées par application des art. 446 et s., C. com.?

Trois opinions se sont fait jour dans la jurisprudence. — La première admet les créanciers dont les hypothèques postérieures aux hypothèques annulées sont maintenues, à prendre dans l'ordre ouvert rang au lieu et place des créanciers bénéficiaires de ces dernières. La masse chirographaire ne peut profiter de l'annulation qu'après que le passif hypothécaire a été complètement éteint sur le prix de l'immeuble grevé. On ne saurait admettre, sans bouleverser tout le régime hypothécaire, que des créanciers chirographaires priment des créanciers hypothécaires dans un ordre ouvert sur le prix de l'immeuble atteint par leurs hypothèques. N'est-il pas de principe que la nullité d'une hypothèque profite aux créanciers postérieurement inscrits? Cette thèse a été adoptée par la Cour de Paris, le 28 juin 1876.

La deuxième opinion, à laquelle se ralliait le tribunal civil de la Seine, le 29 décembre 1885, dans un jugement longuement motivé, s'attache à une distinction. Les art. 446 et 448, C. com., doivent être entendus en ce sens que « la masse chirographaire « n'est fondée à se prévaloir des nullités qui y sont prononcées « qu'autant que les collocations des hypothèques non valable- « ment acquises ou non inscrites dans le délai légal amèneraient « un amoindrissement de l'actif qui eût été affecté aux créanciers « chirographaires en l'absence de ces hypothèques et en tenant « exclusivement compte de celles opposables à la masse. Les « collocations des créanciers hypothécaires tombant sous le coup « des art. 446 et 448 du Code de commerce doivent être annu-

Digitized by Google

« lées pour le tout, ou annulées en partie seulement, ou mainte-
« nues intégralement, selon que sans elles les hypothèques vala-
« bles qu'elles priment laisseraient libre soit une somme au moins
« égale, soit une somme inférieure au montant de ces collocations,
« ou qu'elles absorberaient la totalité de ce qui est mis en distri-
« bution. » Le créancier atteint par les art. 446 et 448, C. com., peut se faire colloquer jusqu'à concurrence de ce qu'il prendra au détriment des autres créanciers inscrits et n'a droit à aucune collocation sur la partie de la somme à distribuer que ces derniers créanciers, s'ils avaient été seuls, n'auraient pas absorbée. Dans les limites ainsi déterminées, sa présence ne nuit pas à la masse. Donc, si le passif hypothécaire, postérieur aux hypothèques annulées, est égal ou supérieur au prix mis en distribution, la masse chirographaire, ne devant rien toucher sur ce prix, ne peut, faute d'intérêt, provoquer l'éviction des créanciers atteints par les articles précités du Code de commerce. Les collocations de ces derniers doivent être maintenues, nonobstant la nullité *relative* dont leur titre est entaché. — La distinction est ingénieuse : mais est-elle bien exacte ?

La Cour de Paris, dans son arrêt du 29 décembre 1887, et le tribunal de commerce de la Seine, le 24 avril 1888 (*Annales de D. com.*, 1888, p. 56 et 146), ont rejeté l'une et l'autre opinion. — L'annulation des hypothèques, provoquée par le syndic, doit profiter à la masse chirographaire. Faire recueillir le bénéfice de cette annulation par d'autres que ceux dans l'intérêt desquels les nullités ont été édictées est contraire au texte comme à l'esprit de la loi. Ce bénéfice est représenté par les sommes que le maintien des hypothèques annulées eût fait passer exclusivement aux mains des créanciers nantis desdites hypothèques. Il doit revenir à la masse des créanciers chirographaires. La situation des créanciers, dont les hypothèques n'ont point été attaquées ou ont été maintenues, ne peut être en rien modifiée par l'effet des annulations prononcées. Elles ne l'ont point été dans leur intérêt. L'hypothèque annulée par application des articles 446 et suiv. ne perd son effet utile qu'au regard de la masse de la faillite (Besançon, 2 mai 1884).

Cetre troisième opinion tient seule un compte suffisant du

Digitized by Google

caractère essentiellement relatif des nullités prononcées par le Code de commerce. Seule, elle est conforme au texte et à l'esprit de la loi[1]. — La première opinion transforme une nullité *relative* en une nullité *absolue*, devant profiter, avant tout et toujours, à des créanciers en faveur desquels elle n'est point édictée. La deuxième a le tort de rendre *conditionnelle* à l'égard des créanciers que la loi veut atteindre une nullité qui est envers eux de plein droit. Pour être relative à la masse seulement, à l'exclusion des autres créanciers hypothécaires, cette nullité n'en est pas moins ferme et définitive dans les relations de la masse et des créanciers dont les hypothèques sont annulées.

Mais on ne peut méconnaître que l'application pratique de la troisième opinion ne suscite quelques difficultés. Pour que la masse bénéficie des dispositions légales, les créanciers dont les hypothèques auront été annulées devront être maintenus dans l'ordre, à l'égard des autres créanciers hypothècaires, au rang de leurs inscriptions respectives. Mais simples créanciers chirographaires vis-à-vis de la masse, ils devront faire état au syndic de toutes les sommes à eux attribuées en vertu d'un droit de préférence inexistant envers cette même masse.

Par quel procédé atteindre ce résultat? La masse, représentée par le syndic, sera-t-elle substituée et subrogée aux droits des créanciers dont les inscriptions sont annulées? Le syndic pourra-t-il requérir la délivrance des bordereaux de collocation? Faudra-t-il, comme l'indiquait le Ministère public devant la Cour de Paris, « laisser le créancier annulé parler et agir comme s'il « n'était pas annulé,..... laissez l'ordre suivre son cours, l'an- « nulé recevoir son bordereau de collocation, sauf à lui en réclamer le montant? — Mais le créancier peut dissiper le montant du bordereau à lui délivré, être ou paraître insolvable. Le syndic ne pourra-t-il faire saisie-arrêt entre les mains de qui détient le prix de l'immeuble? La masse n'est-elle pas créancière du créancier hypothécaire à concurrence même du montant du bordereau à lui délivré?

En tout cas, pareille procédure suppose que les créanciers, atteints par la nullité relative de leurs droits hypothécaires, n'en

[1] Laurin, *Cours de D. com.*, 2e *édit.*, n° 863 *note*.

Digitized by Google

ont pas moins et nonobstant cette annulation demandé collocation. Mais comme ils n'ont pas intérêt à la réclamer, n'a-t-on pas à craindre leur inaction, leur abstention dans l'ordre? Comment le syndic pourra-t-il faire valoir les droits de la masse, éviter la la forclusion et écarter les créanciers hypothécaires postérieurs? Peut-il produire en son nom? — La Cour de Paris refuse au syndic la faculté de réclamer sa subrogation dans les droits des créanciers dont les hypothèques sont annulées. Il ne peut, par suite, ni demander la délivrance directe en son nom des bordereaux de collocation, ni requérir une collocation en sous-ordre sur le montant des collocations prononcées. D'après la Cour le droit de la masse sur ce montant se réduit à un droit de créance dont le syndic poursuivra l'attribution par telle voie qu'il appartiendra. Comment la Cour n'a-t-elle pas vu que cette solution quasi négative met le syndic à la discrétion des créanciers dont les hypothèques ont été annulées? Ceux-ci mettront leur concours ou leur inaction aux enchères entre le syndic et les créanciers postérieurs. Le plus fréquemment ils ne produiront pas, parce que les créanciers postérieurs leur feront un avantage que le syndic ne pourra pas leur procurer. — Nous pensons que pour éviter les résultats de l'inaction des créanciers annulés le syndic peut demander, par des conclusions formelles, au tribunal saisi des demandes en nullité, de le déclarer, ès-qualités, subrogé au bénéfice des inscriptions prises par les créanciers. Ceux-ci devraient équitablement consentir cette subrogation. Le tribunal doit l'octroyer comme conséquence inéluctable et nécessaire de la sentence d'annulation.

Un commerçant a été declaré en faillite et n'a pas obtenu de concordat. Bien que dessaisi de l'administration de ses biens, il peut, pour subvenir à ses besoins ou pour préparer sa réhabilitation future, entreprendre un nouveau commerce. Il a conservé la capacité nécessaire pour l'exercer, pourvu qu'il n'y emploie que des valeurs étrangères à la faillite, des *capitaux nouveaux*. Il peut contracter des obligations qui ne seront nulles qu'autant qu'elles affecteront son ancien patrimoine et porteront préjudice à ses créanciers primitifs. Ces obligations donneront action sur son nouvel actif. Le failli a le droit d'administrer les biens com-

Digitized by Google

posant cet actif, d'en disposer; peu importe que les créanciers postérieurs à la faillite aient connu ou aient ignoré la faillite antérieure et encore ouverte. Capable d'aliéner, d'hypothéquer les nouveaux biens par lui acquis dans son commerce, le failli les donne nécessairement en gage aux créanciers avec lesquels il contracte depuis la déclaration de faillite. Il peut agir et défendre en justice à raison des actes ou des faits relatifs à son nouveau commerce. — Les motifs de l'arrêt rendu par la Chambre des Requêtes, le 16 novembre 1887 (*Sir.* 1888. 1. 164) sont conformes à la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation. (Cass. 21 février 1859, 25 juin 1860, 12 janvier 1864, 2 février 1876, 8 mai 1878, *Sir.* 1878. 1. 309).

Mais ce débiteur est une seconde fois déclaré en faillite avant la dissolution de la première union. Comment doivent être réglés les intérêts respectifs des créanciers de la première et des créanciers de la deuxième faillite? — Incontestablement ces derniers ne peuvent prétendre avoir des droits sur les biens composant le patrimoine du débiteur lors de la déclaration de la première faillite. Ces biens sont le gage exclusif des créanciers antérieurs à cette première déclaration. Les effets de la main mise opérée à leur profit ne peuvent être amoindris par les actes postérieurs de leur débiteur failli. — Les créanciers nouveaux ne peuvent avoir pour gage que les biens composant le nouvel actif, rien que ceux-là, et encore pas *tous* ceux-là. Leur droit de gage ne saurait porter, en effet, sur les biens advenus au failli à titre gratuit, par succession ou par donation. Laissons ces biens à l'écart.

Mais sur les biens acquis *à titre onéreux*, pendant la durée de la faillite, les créanciers antérieurs vont-ils être préférés aux créanciers nouveaux? Ceux-ci, au contraire, jouiront-ils à l'encontre des premiers d'un droit de préférence sur l'actif de la seconde faillite? Ou bien, sur cet actif, les créanciers de la première ont-ils le droit de venir en concours avec les créanciers de la deuxième faillite? Concourront-ils pour l'intégralité de leurs créances ou pour partie seulement? — Le problème se rattache à la théorie des dettes de la masse, si magistralement exposée dans cette *Revue* même par notre honorable prédécesseur M. Thaller [1].

[1] *Revue crit.* 1881. p. 638.

Digitized by Google

Décider que les engagements contractés par le failli postérieurement à la déclaration de faillite ne sont exécutoires sur les biens acquis à titre onéreux pendant la durée de la faillite qu'après que tous les créanciers de la masse ont été désintéressés, c'est appliquer à la lettre l'art. 443, C. com. — Mais cette interprétation du principe du dessaisissement renferme une injustice et engendre de graves inconvénients à l'égard même des créanciers de la masse. Le failli n'a pu acquérir à titre onéreux de nouveaux biens, marchandises, etc., que grâce aux capitaux mis à sa disposition et dont il est devenu débiteur. Préférer sur ces biens les créanciers de la masse de la première faillite, c'est les payer à l'aide des valeurs fournies par les créanciers postérieurs et au détriment de ces derniers. L'injustice est flagrante. Son éventualité fera refuser tout crédit au failli. Sans crédit, le commerçant ne pourra reconstituer un avoir. Cette reconstitution ne s'accomplissant pas, les créanciers de la faillite perdent ce qu'ils auraient pu recueillir après libération envers les créanciers postérieurs. Donc l'intérêt bien compris des créanciers de la masse n'est assurément pas de refuser, sur le nouvel actif du failli, tout droit aux créanciers postérieurs à la déclaration première.

Quelle sera la portée, l'étendue de ce droit? Faut-il aller jusqu'à reconnaître aux créanciers nouveaux un droit de préférence à l'encontre des créanciers de la masse? Jurisprudence et doctrine générale n'ont pas hésité à reconnaître aux créanciers postérieurs à la déclaration de faillite le droit d'être payés par préférence aux créanciers de la masse, lorsqu'un lien d'étroite connexité rattache les obligations assumées ou contractées aux biens acquis par le failli. La masse ne peut profiter des acquisisitions que sous déduction des charges qui les grèvent. Cette situation se réalise au cas d'un compte-courant où les créanciers de la masse n'ont droit qu'au solde, le crédit et le débit formant un tout indivisible, d'une société où les créanciers du failli n'ont droit, comme leur débiteur lui-même, qu'à l'excédent de sa part de bénéfices sur les indemnités dues à ses associés pour faits de gestion, etc. — Dans ces divers cas, le dessaisissement prononcé par l'art. 443, C. com., ne porte que sur la valeur nette des acquisitions nouvelles.

Digitized by Google

Faut-il étendre cette connexité et considérer l'*ensemble* des biens acquis *à titre onéreux* et des dettes contractées par le failli, depuis la déclaration de la première faillite jusqu'à celle de la deuxième, comme formant une universalité analogue à celle d'une succession et dont l'actif *net* seul, le *reliquat*, pourra être réclamé par les créanciers de la première masse ? Les créanciers de chacune des deux faillites, formant ainsi deux masses distinctes, ne viendront alors se payer sur l'actif de l'une ou de l'autre qu'après que les créanciers propres à chacune d'elle auront été désintéressés. Situation analogue à celle qu'admettait Papinien en matière de séparation de patrimoines, *si proprii creditores heredis fuerint dimissi* (L. 3, p. 2, D. *De separat.*).

La Cour de Caen avait adopté cette thèse dans son arrêt du 12 mars 1885, en confirmant par adoption de motifs la sentence des premiers juges. Elle ne reconnaissait au syndic de la première faillite que le droit de surveiller les opérations de la deuxième et de prendre l'excédent d'actif, les créanciers de la deuxième intégralement payés.

La décision de la Cour était conforme à l'opinion d'éminents jurisconsultes. MM. Lyon-Caen et Renault disent : « A raison de « ce nouveau commerce, le failli a contracté des dettes, il a em- « prunté, il a acheté, etc. : ces dettes doivent être acquittées sur « les valeurs provenant de ce nouveau commerce avant que la « masse puisse rien prétendre, autrement elle s'enrichirait injus- « tement au détriment de ceux qui ont eu confiance dans le « failli. Mais sur les biens provenant du nouveau commerce, la « masse exclura tous les créanciers postérieurs au jugement « déclaratif dont les droits auraient une cause étrangère à ce « commerce ; le dessaisissement produira alors tout son effet. » — MM. Boistel, Demangeat ne sont ni moins explicites, ni moins formels [1].

Malgré ces autorités, la Cour suprême a cassé l'arrêt de la Cour de Caen, le 22 décembre 1887 (*Annales D. com.*, 1888, p. 71). Le dessaisissement ne libère pas le failli et ne rend pas impossible l'accroissement de l'actif par les biens qui peuvent

[1] Lyon-Caen et Renault *Précis D. com.*, n° 2674. — Boistel, *Précis de D. com.*, 2e *édit.*, n° 912. — Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 72, *note* 1.

Digitized by Google

plus tard échoir au failli ou être acquis par lui. Si le failli acquiert de nouveaux biens, ils deviennent, comme ceux qu'il avait avant la faillite, le gage de la masse des créanciers antérieurs. S'il est déclaré en faillite nouvelle, ces créanciers doivent être admis au passif de cette faillite; mais leur créance doit se compenser pour partie avec la valeur de l'actif que le dessaisissement du failli leur a attribué. Pour tout ce qui leur restera dû après l'épuisement de cet actif, leur admission au passif de la deuxième faillite ne peut leur être refusé, *en concours* avec les nouveaux créanciers. En décidant que les créanciers de la première faillite ne pouvaient avoir droit que sur le reliquat de la deuxième, après le paiement intégral des créanciers de celle-ci, l'arrêt de la Cour de Caen a créé, pour une catégorie de créanciers, un privilège qu'aucune loi ne reconnaît.

A première vue, la solution admise par la Cour de cassation séduit par sa logique apparente. Tous les créanciers, les antérieurs comme les postérieurs à la première faillite, présentent ce commun caractère d'avoir un droit né avant la deuxième faillite. Les privilèges sont de droit étroit : la loi est muette. Donc tous les créanciers, pour le règlement de la deuxième faillite, doivent concourir au marc le franc. Les créanciers de cette faillite n'ont pas à se plaindre du concours des autres; car s'ils ont été tant soit peu prudents, ils ont dû connaître, avant de traiter avec le failli, sa situation commerciale et l'existence de dettes antérieures. Les créanciers de la première faillite ne peuvent prétendre que le concours des créanciers nouveaux leur soit injustement imposé; car ce concours n'est subi par eux que sur les biens acquis à l'aide des capitaux prêtés par les créanciers de la deuxième faillite, sur un nouvel avoir qui, sans l'aide de ces derniers créanciers n'aurait pu être formé.

Dans son arrêt, la Cour de cassation ne vise pas l'art. 443, C. com. : elle ne se réfère qu'à l'art. 2093, C. civ. Mais la Cour, bien que le passant sous silence, ne s'écarte-t-elle pas de la disposition de l'art. 443, C. com., que visait le premier moyen du pourvoi? D'après la Cour, les créanciers de la première faillite ne sont préférés que sur les biens antérieurs à sa déclaration. Les autres biens sont soumis au droit commun. Tous les créan-

Digitized by Google

ciers antérieurs à la deuxième faillite concourent ensemble. Les biens acquis pendant la durée de la faillite sont traités de la même manière que les biens acquis après sa dissolution, alors que le dessaisissement a cessé. Que devient le principe que le failli est dessaisi même des biens à venir? Est-il respecté, alors qu'à l'égard des créanciers antérieurs le failli aura pu engager ces biens à des créanciers postérieurs à la première faillite? La Cour a écarté l'application littérale de l'art. 443, C. com., parce que cette application conduisait à une injustice flagrante envers les personnes qui avaient concouru à former ce nouvel avoir en accordant crédit au failli, et dans l'avenir ferait désormais refuser tout crédit à tout failli. Mais à s'éloigner de la lettre du texte, ne fallait-il pas en entendre autrement l'esprit?

Une autre critique peut être formulée. La décision adoptée par la Cour de cassation présente, en pratique, l'inconvénient grave de toujours subordonner la liquidation de la deuxième faillite à la liquidation de la première. Tous les retards apportés à celle-ci réfléchiront sur l'autre, puisque les créanciers antérieurs sont appelés à concourir avec les postérieurs pour ce qui leur reste dû après l'épuisement de l'actif de la première faillite. Tant que celle-ci n'est pas liquidée, la deuxième ne saurait l'être.

Nous préférons la solution admise par la Cour d'appel. Elle n'engendre pas l'inconvénient pratique signalé. Mais surtout elle satisfait mieux l'équité. Elle est plus conforme au principe général qu'en cas de concours entre créanciers d'un même débiteur, ceux-là qui ont *accru* ou conservé le gage des autres doivent être préférés à concurrence de la valeur conservée ou de l'accroissement obtenu. Les nouveaux créanciers ont contribué à former le nouvel actif; ils ont ainsi augmenté le gage des créanciers de la masse. Comme le dit justement notre savant collègue, M. Boistel, « ces engagements devront être acquittés sur le « nouvel actif du failli, *avant* que cet actif ne soit versé dans la « masse; car, du moins dans la mesure du nouvel actif, les nou- « veaux créanciers, et notamment ceux qui ont fourni les fonds « pour les nouvelles opérations, sont créanciers *de* la masse et « non créanciers *dans* la masse. » (*loc. cit.*).

Avec la doctrine de l'arrêt de la Cour de Caen, le failli trou-

Digitized by Google

vera plus aisément crédit. Son avenir sera rendu plus favorable et ses créanciers antérieurs auront plus de chances d'être plus largement désintéressés.

§ 4. — *Actes de commerce. — Prêt commercial.*

Le prêt d'argent fait par un banquier à une personne non-commerçante et pour une opération non-commerciale est un prêt commercial. Ainsi décidé par la Chambre des Requêtes, le 16 janvier 1888, dans une espèce antérieure à la promulgation de la loi du 12 janvier 1886 relative au taux de l'intérêt de l'argent (*Sir.* 1888. 1. 457). La décision est conforme à la jurisprudence antérieure [1]. La question n'est assurément pas nouvelle. Mais ne présente-t-elle pas un nouvel aspect sous l'empire de la loi 1886? Nous le croyons.

Le taux de l'intérêt de l'argent est désormais libre dans les prêts commerciaux : il ne reste limité que dans les prêts civils. La loi du 12 janvier 1886, abrogeant les lois du 3 septembre 1807 et du 19 décembre 1850 dans leurs dispositions relatives à l'intérêt conventionnel en matière de commerce, a supprimé l'usure en matière commerciale. — Comme *délit*, l'usure n'existe plus en matière commerciale et à ce point de vue la nouvelle loi a un effet rétroactif (Crim. rej. 14 mai 1886). Le délit d'usure ne peut plus se produire qu'en matière de prêts civils (Paris. ch. corr. 4 juillet 1888). — Comme *cause de nullité* des conventions, l'usure subsiste pour les contrats formés avant la loi nouvelle. Celle-ci n'a pas d'effet rétroactif. (Cass. civ. 20 juin 1888. — Quant aux conventions conclues depuis la loi du 12 janvier 1886, l'usure ne peut plus se produire dans celles de ces conventions qui ont le caractère commercial. Cette cause de nullité ne peut plus vicier que les prêts civils.

La détermination des caractères auxquels le prêt commercial se distingue du prêt civil acquiert une importance nouvelle. Et, si la jurisprudence consacrée par notre arrêt est maintenue, la loi du 12 janvier 1886 aura, résultat évidemment inattendu pour ses auteurs, fait disparaître l'usure, et comme délit, et comme

[1] Cass. 29 avril 1868, 28 avril 1869, 10 janvier 1870 (deux arrêts): Douai, 24 janvier 1873; Orléans, 17 février 1881 (*Sir.* 1882. 2. 245).

Digitized by Google

cause de nullité des contrats. Ce délit, cette cause de nullité n'existeront plus guère que de nom dans notre législation.

Notre savant collègue de la Faculté de Caen, M. Danjon, a signalé cette conséquence, indirecte mais incontestable, de la nouvelle loi, dans une étude fort remarquable par sa netteté.

« Le prêteur de profession, dit-il, auquel on viendrait désor-
« mais reprocher de stipuler des intérêts excessifs et d'être cou-
« tumier de ce fait, pourra répondre que c'est précisément parce
« qu'il prête journellement à gros intérêts que le taux de ses
« prêts n'est pas exagéré et est parfaitement licite; car la répéti-
« tion même de ses prêts lui a donné la qualité de commerçant,
« et avec cette qualité le droit de stipuler en toute liberté tel
« intérêt qu'il lui plait; qu'ainsi il est en règle avec la loi civile
« et la loi pénale, que c'est sans aucun droit qu'on vient le trou-
« bler dans ses affaires..... La circonstance qui, jusqu'ici, faisait
« tomber le prêteur à gros intérêts sous le coup de la loi pénale,
« l'habitude, va devenir leur sauvegarde.... ils pourront l'invo-
« quer eux-mêmes pour réaliser impunément de gros bénéfices
« qu'on ne pourra plus qualifier d'usuraires, ni au point de vue
« civil pour les réduire, ni au point de vue répressif pour les
« punir [1]. »

Les ouvriers agricoles, les petits propriétaires ruraux ou urbains, les paysans vont-ils alors n'être plus protégés contre la tentation et les abus des emprunts qui les conduisent à la ruine? Les auteurs de la loi de 1886 ont-ils pu vouloir ce résultat? — Tout au contraire, quand quelques sénateurs ou députés réclamaient l'entière liberté du taux de l'intérêt, les auteurs de la distinction introduite dans la loi entre le prêt civil et le prêt commercial leur répondaient : Nous faisons une très grande différence entre le marché des capitaux commerciaux et industriels et celui des capitaux ruraux. L'ouvrier, le petit propriétaire ont besoin d'être protégés. La liberté du taux de l'intérêt présenterait des dangers, (*J. off.* 12 mars 1882).

Quelques sénateurs ou députés doutaient que la distinction proposée produisît les effets pratiques qu'en attendaient ses partisans. Ils préféraient la liberté absolue accompagnée de disposi-

[1] *Annales de D. com.*, 1re année, p. 205.

Digitized by Google

tions pénales pour atteindre efficacement l'usure frauduleuse. MM. Léon Say et Tenaille-Saligny voulaient que quiconque abusant de l'inexpérience, de la faiblesse ou des passions de l'emprunteur aurait stipulé des avantages excédant le taux légal de façon à se trouver en disproportion choquante avec le service rendu, fût déclaré coupable du délit d'usure et puni. Le Sénat repoussa leur proposition. (Sénat séance, 14 déc. 1885, *J. off.*, 15 décembre).

Restait à déterminer ce qu'il fallait entendre par les mots *en matière de commerce* opposés aux mots *en matière civile*. La question fut posée, à la Chambre des Députés par M. Truelle, au Sénat par M. Bozérian. On répondit que cette distinction s'opérait tous les jours au Palais et qu'elle s'opérait très facilement, que les tribunaux étaient habitués à faire cette distinction. — M. Jozon disait dans un rapport : « La définition serait fort diffi-« cile. Elle exigerait de longues explications et resterait malgré « tout incomplète. C'est qu'en effet la distinction entre les ma-« tières civiles et les matières commerciales dépend de circons-« tances multiples. C'est donc avant tout, comme il arrive for-« cément en pareil cas, une question de jurisprudence, et cette « question est loin d'être nouvelle..... Les règles dont la juris-« prudence s'est inspirée pour distinguer les deux sortes de « prêts sont connues. Elles continueront à être appliquées à « l'avenir comme elles l'ont été dans le passé. Le mieux est de « s'y référer sans rien innover sur ce point. » (*J. off.* de juillet 1879, p. 6999). Le rapporteur au Sénat s'appropriait ces paroles (*Séance du 3 déc. 1885*, *J. off.* du 4 décembre).

A la Chambre comme au Sénat, on s'en référait à la jurisprudence; mais on négligeait de préciser le sens dans lequel se mouvait cette jurisprudence et la portée pratique de ses décisions. Si l'on n'eût pas déserté cette tâche, on se fût aperçu du danger renfermé dans la loi qu'on se disposait à voter.

Ce renvoi à la jurisprudence pour l'application de la loi du 12 janvier 1886 et de la loi du 29 décembre 1850 nous impose le devoir d'examiner à nouveau le bien ou mal fondé de la doctrine adoptée par la Cour de cassation.

A. — Un premier cas échappe à toute discussion. Le prêt est

Digitized by Google

évidemment commercial, lorsque le capital emprunté doit être employé à une opération commerciale. Le *profit* que l'emprunteur espère tirer de ce capital, et par suite le *service* qui lui est rendu par le prêteur, est plus considérable lorsque l'emprunteur veut réaliser une spéculation commerciale que lorsqu'il veut accomplir une opération civile. Les *risques* de non remboursement courus par le prêteur sont aussi plus étendus et plus graves par cela seul que l'emprunteur expose le capital aux chances inséparables de toute spéculation commerciale. Il est rationnel qu'en ce cas l'intérêt dû par l'emprunteur puisse être élevé et varier selon l'étendue du service rendu et celle des risques courus.

En ce cas, la qualité des parties n'a nulle importance. Le prêt est commercial, alors même que ni le prêteur, ni l'emprunteur ne sont commerçants. Seulement, si l'emprunteur est un négociant, on présumera que l'emprunt a été réalisé par lui pour les besoins de son commerce et par suite le prêt devra être considéré comme commercial jusqu'à preuve contraire. (art. 638-2°, C. com.)[1].

B. — Le prêt est-il également commercial lorsqu'il est fait par un négociant, par un banquier par exemple, à une personne non commerçante et pour une opération non commerciale ? La qualité du prêteur est-elle un *criterium* suffisant pour fixer le caractère du prêt? Ce point est controversé en doctrine et en jurisprudence. Dans l'arrêt du 16 janvier 1888, la Chambre des requêtes, se conformant aux décisions antérieures de la Cour de cassation, adopte la solution affirmative, admise aussi par quelques Cours d'appel et par quelques auteurs [2].

La privation que le prêteur s'impose est, dit-on, plus grande quand il est commerçant que s'il ne l'était point. Il aurait pu employer la somme prêtée et lui faire produire de gros bénéfices. — Justinien n'autorisait-il pas les commerçants à percevoir un intérêt de 8 p. 0/0, tandis qu'en principe le maximum du taux de l'intérêt était de 6 p. 0/0. — Les anciens auteurs considéraient

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de D. com.*, I, n° 1385. — Pont, *Petits cont.*, t. I, n° 277. — Aubry et Rau, §. 396, *texte et note* 25.

[2] Troplong, n° 362. — Aubry et Rau, §. 396. — Boistel, *Précis de D. com.*, n° 695.

Digitized by Google

comme commercial le prêt fait par un commerçant : leur doctrine était résumée par Scacchia dans un adage célèbre : *Plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris.* — En ouvrant sa caisse à des individus non commerçants, un banquier en utilise les fonds ainsi qu'il lui appartient de le faire dans les conditions normales de son industrie. Il est naturel que ses fonds lui produisent les mêmes intérêts sans considération de leur destination ultérieure.

La Cour de Montpellier dans son arrêt du 13 août 1853 (*Sir.* 1853. 2. 469.), MM. Paul Pont, Lyon-Caen et Renault ont complétement réfuté cette argumentation [1]. Elle ne tient aucun compte des motifs qui seuls peuvent justifier, autrefois l'élévation, aujourd'hui la liberté du taux de l'intérêt d'un capital destiné à une opération commerciale : le profit espéré par l'emprunteur; les risques de non remboursement courus par le prêteur. Ce profit est moindre quand l'opération n'est pas commerciale. Les risques sont moindres aussi, alors surtout que fréquemment le remboursement du capital prêté est garanti par une hypothèque. Il est normal et naturel que l'intérêt soit moindre aussi. — L'adage de Scacchia n'est l'expression d'une pensée exacte que tout et autant que les fonds du négociant *restent* dans le commerce, sont *employés* à des spéculations présentant de plus grandes chances de perte ou de gain que les opérations civiles. Mais l'adage ne peut plus être invoqué, lorsqu'un banquier préférant les garanties civiles à l'aléa du commerce a distrait une partie des fonds de son négoce pour les affecter à une destination purement civile. — Dire que le commerçant qui prête ses fonds aurait pu recueillir un profit illimité en les employant dans son commerce, c'est condamner la solution adoptée. En retirant l'argent de son commerce pour l'employer à un prêt civil, le commerçant le soustrait précisément aux risques commerciaux, le fait échapper aux chances inhérentes au commerce, le place dans des conditions différentes. On ne voit pas comment des conditions différentes peuvent engendrer le même résultat, ni à quel titre le banquier peut percevoir un intérêt plus élevé quand

[1] Pont, *Petits cont.*, t. 1, n° 277 — Lyon-Caen et Renault, *Précis de D. com.*, n° 1385.

Digitized by Google

les risques par lui courus sont égaux à ceux auxquels s'exposent tous les autres prêteurs.

Si la Cour suprême ne modifie pas sa jurisprudence, par un de ces heureux revirements dont elle a plusieurs fois donné l'exemple, la loi du 12 janvier 1886 devient un péril social. Les intérêts des cultivateurs, paysans, fermiers, petits propriétaires que le législateur a voulu et a cru protéger seront abandonnés à la rapacité de la tourbe éhontée des usuriers. La loi incomplète de 1886 devra recevoir le complément nécessaire, vainement réclamé par M. Tenaille-Saligny et adopté par plusieurs législations étrangères.

HENRY BONFILS.

DE LA PRESCRIPTION ET DES ACTES DE PURE FACULTÉ,

Par M. P. de LOYNES, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

1. Il n'existe peut-être pas de disposition, qui, sous des apparences plus simples, ait une réputation d'obscurité mieux établie que l'art. 2232, C. civ., ainsi conçu :

« Les actes de pure faculté et de simple tolérance ne peuvent « fonder ni possession, ni prescription. »

2. De ces deux catégories d'actes, il en est une à laquelle l'application de notre article et des autres dispositions de la loi se fait sans trop de difficultés : ce sont les actes de simple tolérance. Le législateur a notamment eu en vue les actes par lesquels se manifeste la quasi-possession des servitudes discontinues. En l'absence de titre, il considère ces actes comme des actes de familiarité, qui s'expliquent par les rapports de bon voisinage. Il ne veut pas que les droits du propriétaire puissent être compromis par ces concessions gracieuses. Il décide, en conséquence, que ces actes seront, pour ce motif, destitués de toute efficacité et ne fonderont ni possession, ni prescription. Il n'y a pas de possession véritable ; il n'y a qu'une tolérance, qu'une familiarité ; ces actes ne sauraient porter atteinte aux droits de celui qui tolère : ils ne sauraient accroître les droits de celui qui profite de cette tolérance.

Par application de ce principe, les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par prescription (art. 691, C. civ.).

Les questions auxquelles les actes de simple tolérance don-

Digitized by Google

nent naissance sont trop connues pour que nous ayons la pensée de les aborder ici.

3. Il n'en est pas de même des actes de pure faculté, qui sont également compris dans la disposition de notre article. Il est délicat d'en préciser les caractères; il est difficile d'indiquer avec exactitude le moment où l'acte cesse d'être un acte de pure faculté et devient utile pour prescrire. Nous voudrions, en présentant le commentaire de cette partie de l'art. 2232, poser un principe général et le suivre dans quelques-unes de ses applications les plus intéressantes.

4. Les travaux préparatoires ne nous seront que d'un bien faible secours pour atteindre notre but.

Dans le projet de l'an VIII il n'est question que des actes de simple tolérance; on n'y mentionne même pas les actes de pure faculté. Aucune observation ne fut faite sur ce point ni par le tribunal de cassation, ni par les tribunaux d'appel.

Cependant l'art. 14 du projet présenté par Portalis au Conseil d'État dans sa séance du 7 pluviôse an XII (18 janvier 1804) porte : « Les *actes facultatifs* et ceux de simple tolérance ne « peuvent fonder ni possession ni prescription [1]. »

Enfin une légère modification fut apportée à ce texte lors de la rédaction définitive, dans la séance du 12 ventôse an XII (3 mars 1804), sans qu'aucune explication ait été fournie pour en indiquer les motifs et en déterminer la portée. Les mots *actes facultatifs* furent remplacés par ceux-ci : *actes de pure faculté;* et l'art. 14 fut rédigé dans les termes de notre art. 2232 [2].

L'exposé des motifs de Bigot-Préameneu et le discours du tribun Goupil-Préfeln ne nous fournissent aucun éclaircissement à cet égard; les courtes observations, qu'on y relève, se réfèrent plutôt aux actes de simple tolérance qu'à ceux de pure faculté. Ainsi Bigot-Préameneu dit seulement [3] : « Les actes de pure « faculté, ceux de simple tolérance ne peuvent même pas être « considérés comme des actes de possession, puisque ni celui « qui les fait n'entend agir comme propriétaire, ni celui qui les

[1] Fenet, t. XV, p. 550.
[2] Fenet, t. XV, p. 565.
[3] Fenet, t. XV, p. 581.

Digitized by Google

« autorise (ces mots ne peuvent manifestement se rapporter « qu'aux actes de simple tolérance) n'entend se dessaisir. »

De même le tribun Goupil-Préfeln, après avoir reproduit le texte de l'art. 14 du projet qui est devenu notre art. 2232, ajoutait[1] : « Disposition morale qui appelle les procédés obligeants. « Combien de bons offices de voisinage seraient refusés, si une « simple tolérance pouvait, par le laps de temps, devenir un « titre de servitude. Cette disposition remplacera celle de la sage « coutume de Normandie, qui voulait que nulle servitude ne « pût s'acquérir sans titre. »

5. Il semble donc que le texte de la loi exprimait très clairement la pensée de ses rédacteurs, puisqu'on n'éprouva pas le besoin d'en indiquer même d'une manière sommaire la signification. Effectivement, si on tient compte de la place de notre article compris dans le chapitre de la possession, si on en pèse soigneusement les termes, il nous semble manifeste qu'il ne se réfère qu'à la prescription acquisitive et peut se traduire de la manière suivante :

L'accomplissement d'actes de pure faculté ne donne pas la possession et par conséquent ne peut conduire à la prescription.

On peut la résumer aussi sous cette forme plus simple :

L'accomplissement d'actes de pure faculté ne peut, même après trente ans, faire acquérir aucun droit.

Mourlon a proposé de notre art. 2232 une traduction différente qui paraît être la contrepartie de notre formule :

« Celui qui profite, indirectement, dit-il[2], de l'inaction d'une « autre personne qui s'abstient de faire des actes de pure faculté, « ne peut point prescrire contre elle à l'effet d'acquérir le droit « de l'empêcher de faire ces actes à l'avenir. »

6. Les deux formules paraissent faire une complète antithèse.

Dans celle que nous proposons nous disons : celui qui accomplit un acte de pure faculté ne peut acquérir aucun droit, quel que soit le temps écoulé.

Dans l'autre on dit au contraire : celui qui s'abstient d'un acte de pure faculté ne perd pas le droit de faire ces actes à l'avenir.

[1] Fenet, t. XV, p. 605.

[2] *Répétitions écrites*, t. III, p. 756, n° 1830.

Digitized by Google

Mais la distance qui les sépare est moins grande en réalité qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Car l'une des propositions est en quelque sorte la conséquence de l'autre. Reprenons en effet notre formule. Celui qui accomplit un acte de pure faculté n'acquiert aucun droit. Donc il ne peut pas empêcher les tiers d'exercer les facultés identiques, analogues ou corrélatives dont ils sont investis. Par conséquent, l'abstention de ces derniers ne porte aucune atteinte aux facultés qui leur appartiennent et ils pourront toujours les traduire en actes, quand il leur plaira de les invoquer. Notre formule aboutit donc à cette conséquence : ces facultés ne peuvent pas se perdre par non usage.

La Cour de Lyon l'a très exactement décidé par un arrêt du 26 janvier 1881 (Sirey, 1882. 2. 214), dans lequel nous relevons le considérant suivant : « Attendu qu'il est de principe et de « jurisprudence incontestée aujourd'hui que le droit pour les « riverains de se servir des eaux d'une rivière ni navigable ni « flottable, est une simple faculté, subordonnée, quant à son « exercice, aux besoins intermittents de celui à qui elle est con- « cédée soit par la loi, soit par une convention, et qu'elle ne « saurait périr, aux termes de l'art. 2232, C. civ., pour n'avoir « point été mise en mouvement pendant un temps plus ou moins « long. » Peut-être cette affirmation est-elle trop générale, peut-être, parfaitement vraie quand il s'agit d'une faculté naturelle confirmée par convention [1], n'est-elle pas d'une égale exactitude si elle doit s'appliquer comme semblent l'indiquer les termes de l'arrêt, à toutes les facultés conventionnelles. Mais nous ne croyons pas que cet arrêt ait une portée aussi étendue. C'est pourquoi nous ne nous y arrêtons pas. Nous ne voulons en retenir que cette affirmation, qui confirme notre déduction : il résulte de l'art. 2232 que les facultés dont il parle ne peuvent

[1] En rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Pau du 13 août 1861 (D. P., 1861. 2. 219), la chambre des requêtes pose en principe que les facultés naturelles demeurent imprescriptibles « même alors « qu'elles sont énoncées ou rappelées dans un contrat et confirmées, en tant « que de besoin, dans des dispositions contractuelles. » Req. 2 juillet 1862, D. P., 1863. 1. 26.

Digitized by Google

s'éteindre par non usage entre les mains de ceux auxquels elles appartiennent.

7. Mais ce n'est là qu'une conséquence indirecte et médiate de l'art. 2232 : ce n'est pas l'objet principal et direct de sa disposition. C'est pourquoi, nous pensons qu'il est indispensable, pour l'interpréter sainement, d'opter entre les deux formules que nous venons d'indiquer. Or notre choix ne peut être douteux. Nous repoussons la formule de Mourlon, parce qu'elle se réfère à la prescription extinctive, et parce que, dans sa généralité, elle s'applique à toutes les facultés. Nous l'avons déjà dit, l'article 2232 par sa place, par son texte, ne se réfère qu'à la prescription acquisitive; il décide que les actes de pure faculté ne peuvent conduire à la prescription; ils ne peuvent donc faire acquérir aucun droit, quel que soit le temps pendant lequel ils se sont renouvelés ou perpétués. Par conséquent notre article est étranger à la prescription extinctive. D'un autre côté il ne comprend pas dans sa disposition toutes les facultés, comme le pense Mourlon; car il a en vue non pas tous les actes facultatifs, mais seulement les actes de pure faculté. L'interprétation que nous combattons doit donc être condamnée, parce qu'elle est contraire au texte de la loi.

Pour compléter notre démonstration, il nous suffira de faire observer que Mourlon cite au nombre des facultés imprescriptibles la faculté de se marier, de contracter, de changer de domicile. « Il est évident, dit-il[1], que les facultés naturelles de l'homme, « telles que la faculté de se marier, de contracter, de changer « de domicile... restent pleines et entières, quoiqu'on ait été plus « de trente ans sans les exercer. »

Certes cette solution est incontestable. Mais l'imprescriptibilité de ces facultés ne découle pas de l'art. 2232; elle est fondée sur l'art. 2226, aux termes duquel « on ne peut prescrire le domaine « des choses qui ne sont point dans le commerce. » En effet ces facultés résultent de notre nature. Sans elles l'homme ne serait pas un être libre. Elles ne sont que l'exercice de notre liberté dans nos rapports avec nos semblables. Par conséquent, comme la liberté elle-même, dont elles sont un des attributs et une des

[1] *Répétitions écrites*, p. 758, n° 1835.

Digitized by Google

manifestations, elles sont à la fois inaliénables (art. 1780, C. civ.) et imprescriptibles. Elles sont peut-être même en dehors du domaine de la prescription. Mais nous reviendrons sur ce point en réfutant l'interprétation proposée par Laurent (V. *infra* n° 9).

8. Laurent [1] donne également de l'art. 2232 l'interprétation très étendue que nous venons de combattre, et, pour la justifier, il invoque les précédents historiques.

C'est d'Argentré qui a, le premier, formulé la théorie des choses imprescriptibles. Dunod l'a reproduite et développée dans son traité *des prescriptions*, partie I, chapitre XII. Nous allons la résumer d'après ce dernier auteur.

A la page 80, Dunod pose le principe et en précise la portée. Il dit :

« Ce qui est de pure faculté n'est pas prescriptible, et cette « qualité vient de la chose ou de la personne : la faculté qui « vient de la chose, tire son origine de la nature ou de la desti- « nation. De la nature, lorsque la faculté s'exerce sur ce que la « nature a donné à tous les hommes pour en user sans se l'ap- « proprier, tels que sont les éléments. De la destination, lorsque « des choses susceptibles par elles-mêmes d'occupation, de pos- « session et de propriété, sont néanmoins affectées à l'usage de « tous, ou des personnes d'une certaine société ; comme sont les « chemins, les rues, les fontaines publiques, les communaux du « lieu dont on est habitant. *On ne perd pas la liberté de se « servir de ces sortes de choses, quoiqu'on n'en use pas, et l'on « n'acquiert pas le droit d'en user à l'exclusion des autres, « quoiqu'on en use seul.* On ne l'acquerrait même pas, par des « actes de contradiction à l'égard de ce qui est de faculté natu- « relle ; mais on pourrait l'acquérir par un temps immémorial, « en ce qui est de faculté publique, si les contradictions étaient « assez expresses, et qu'il constât clairement qu'on a joui dès « lors *pro suo.* »

Dunod cite ensuite parmi les facultés qui viennent de la chose le vain pâturage ; il parle des facultés de se clore, de changer la nature de son fonds, de convertir, par exemple, un champ en pré, un bois en terre labourable, des actes de familiarité, des

[1] *Principes du droit civil*, t. XXXII, n°s 228 et suiv.

Digitized by Google

facultés inhérentes à la personne, notamment de celles qui consistent dans l'exercice d'une liberté purement naturelle comme de disposer de ses biens et de ses actions.

Enfin à la page 90 il formule ainsi sa conclusion :

« Il faut donc distinguer, entre la faculté qui a son fondement « dans la nature, dans le droit public commun à tous ou à plu- « sieurs d'une même société, et dans la liberté de faire ou de « ne pas faire certaines choses, sans aucune préexistence ni « mélange de titre, de convention ou d'action, et celle qui vient « d'un titre, qui tire son origine d'un contrat, qui est propre à « celui qui a le titre, qui résulte d'un droit formé, qui produit « une action, et qui peut être déduite en jugement. La première « de ces facultés n'est pas sujette à la prescription, tant qu'elle « n'est pas intervertie ; mais la seconde se prescrit sans inter- « version, parce qu'elle dérive d'une convention et d'une action, « qui sont prescriptibles et dans le commerce ordinaire, à moins « qu'elle ne tombe sur des choses qui sont d'une condition à « ne pouvoir être prescrites. »

Pour distinguer les droits prescriptibles des facultés imprescriptibles, il faut, d'après Laurent [1], s'en tenir à la formule que d'Argentré a proposée et que Dunod a reproduite. L'art. 2232 se réfèrerait donc à la théorie que nous venons d'exposer ; les actes de pure faculté désigneraient les facultés qui, ne puisant leur origine ni dans un titre, ni dans une convention, seraient ainsi imprescriptibles. L'art. 2232 les comprendrait toutes dans sa disposition.

9. Nous ne saurions accepter cette interprétation. Si d'Argentré et Dunod nous ont présenté cette théorie avec sa large expansion, c'est que, dans cette partie de leurs ouvrages, ils traitent d'une manière générale des choses prescriptibles. Ils parlent à ce sujet à la fois et des facultés qui ne peuvent pas s'éteindre par prescription et de celles qui ne peuvent ni s'acquérir, ni s'accroître de cette manière. L'art. 2232 n'a pas la même portée et les écrits de ces auteurs ne peuvent nous servir pour en déterminer le sens.

Tout autre, en effet, est l'ordonnancement du Code. Dans un

[1] *Principes du droit civil*, t. XXXII, n° 228.

Digitized by Google

premier chapitre consacré à des dispositions générales, il nous indique les choses qui sont prescriptibles et décide par l'art. 2226 qu'on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce. Puis abordant dans le chapitre II la théorie de la possession, uniquement requise pour la prescription acquisitive, il nous dit que certains actes sont inopérants, parce qu'ils ne peuvent fonder ni possession, ni prescription. Ici il ne s'occupe plus de la théorie générale des choses prescriptibles; il n'a qu'un objectif : la prescription acquisitive. Or celle-ci ne s'applique qu'à des choses susceptibles d'entrer dans notre patrimoine. Donc, si notre article résume certains points de la théorie de Dunod, il n'a pas la même généralité que son chapitre XII, et on ne peut y chercher l'interprétation que nous poursuivons.

En d'autres termes, les solutions de Laurent sont exactes. Il est vrai, comme il l'enseigne avec d'Argentré et Dunod, que les facultés inhérentes à la liberté humaine sont imprescriptibles; mais c'est à tort qu'à l'exemple de Mourlon, il appuie cette solution sur l'art. 2232; elle résulte des principes généraux et de l'art. 2226.

Nous croyons même qu'il faut aller plus loin et dire : les facultés inhérentes à la liberté humaine sont en dehors du domaine de la prescription; celle-ci n'a d'action que sur le patrimoine, elle ne s'applique qu'aux droits pécuniaires; les droits qui n'ont pas ce caractère, les droits moraux, en un mot, ne sont pas soumis à la prescription; ils ne peuvent ni s'acquérir ni se perdre de cette manière. Il est facile de justifier la règle que nous venons d'affirmer. Le Code ne réglemente la prescription que dans son livre III. Il nous la présente comme un moyen d'acquérir la propriété (art. 712, C. civ.); il y voit une cause d'extinction des obligations (art. 1234, C. civ.). De même l'art. 2219 la définit un moyen d'acquérir ou de se libérer, et l'art. 2226 dispose qu'on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce. Antérieurement le législateur en parle à propos de l'acquisition de certaines servitudes (art. 690, 691, C. civ.), de l'extinction de l'usufruit (art. 617, C. civ.) et des servitudes (art. 706, C. civ.).

Digitized by Google

Nous nous croyons fondé à conclure : la prescription ne s'applique qu'aux biens compris dans le patrimoine, elle est étrangère à tout ce qui n'en fait pas partie. Le législateur s'est inspiré de cette doctrine, quand, dans l'art. 328, C. civ., il proclame l'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état à l'égard de l'enfant. Si la loi ne la déclare pas également imprescriptible à l'égard des héritiers de l'enfant, c'est qu'entre leurs mains l'élément pécuniaire l'emporte sur l'élément moral; vraie ou fausse, telle est la supposition de la loi; dès lors, la prescription doit atteindre ce droit pécuniaire. Le législateur a encore consacré notre doctrine, quand il admet tous les intéressés à contester à toute époque la sincérité de la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 339, C. civ.).

Il est vrai que la loi limite, dans certains cas, la durée des actions relatives à l'état des personnes. C'est ainsi, par exemple, que l'action en désaveu doit être intentée dans le délai très bref déterminé par les art. 316 et 317, C. civ. Mais nous pensons que cette disposition ne consacre pas une règle de prescription; elle édicte une déchéance. En effet cette fin de non recevoir ne s'explique pas par la seule inaction du titulaire de l'action; elle se justifie plutôt par des considérations tirées de la nature même du droit. Il importe que l'état de l'enfant ne puisse pas être ainsi contesté pendant un long espace de temps. Il est nécessaire, dans l'intérêt d'une bonne justice, que le jugement soit rendu à une époque aussi voisine que possible de la naissance. Les preuves seront plus faciles et plus certaines; les souvenirs des témoins, plus précis. C'est pourquoi nous sommes porté à décider, en principe, que les délais fixés par la loi en matière de questions d'état sont des délais de déchéance et non des délais de prescription.

10. Les considérations, qui nous déterminent à ne pas accueillir l'opinion de Laurent, ne nous permettent pas davantage d'accepter l'interprétation proposée par M. Gautier, notre collègue de la faculté d'Aix, dans une intéressante étude insérée dans cette *Revue*[1] sur le *sens juridique du mot faculté dans l'art. 2232 du Code civil.* Pour cet auteur également, l'art. 2232 n'est pas spécial à la prescription acquisitive; sa disposition s'applique

[1] *Revue critique*, nouvelle série, t. VI, 1877, p. 49 et suiv.

Digitized by Google

aussi à la prescription extinctive. Car il s'exprime ainsi [1] : « Ma « conclusion est donc que les droits sont imprescriptibles s'ils « sont une création du législateur, s'ils n'ont d'autre fondement « que la loi, prescriptibles s'ils reposent sur un fait de l'homme. « Or, les droits imprescriptibles sont des droits facultatifs, en ce « sens qu'on peut (ne pas) [2] en user sans courir le moindre « risque de les perdre, et quant aux actes de pure faculté de « l'art. 2232, ils ne sont autre chose que l'exercice de ces « facultés ou droits facultatifs. A quel signe reconnaîtrai-je ces « actes? A l'origine du droit dont ils sont l'exercice..... Ce « qui prouve qu'il faut s'attacher à l'origine du droit plutôt « qu'au nom par lequel on les distingue, c'est qu'un droit peut « être prescriptible quoiqu'il porte le nom de faculté. C'est ainsi « que la faculté que Pierre stipule de Paul de lui réclamer à une « certaine époque tel objet ou tel autre, c'est-à-dire la faculté « conventionnelle, tombe de l'aveu de tous, sous le coup de la « prescription. »

Ainsi M. Gautier confond les actes facultatifs et les actes de pure faculté; pour lui l'art. 2232 s'applique aux uns et aux autres; pour lui enfin, l'art. 2232 se réfère à la théorie des choses prescriptibles et de celles qui ne le sont pas. C'est, on le voit, la doctrine que nous avons déjà trouvée dans Laurent.

Or nous en avons démontré l'inexactitude; nous avons prouvé que l'art. 2232 ne se référait pas à la théorie générale des choses prescriptibles et imprescriptibles, qu'il était spécial à la prescription acquisitive et complétement étranger à la prescription extinctive; nous espérons prouver dans un instant qu'il ne faut pas confondre les actes facultatifs et les actes de pure faculté, que tout au contraire le législateur les a soigneusement distingués. C'est pourquoi il nous est impossible d'admettre cette interprétation [3].

[1] *Eod. loc.*, p. 50 et 51.

[2] Dans le texte la négation a été oubliée par une erreur évidente.

[3] Dans un article publié par la *Revue critique* (nouvelle série, t. IX, 1880, p. 450 et suiv.), M. Poncet semble admettre, comme nous, que l'art. 2232 est spécial à la prescription acquisitive; car il dit (p. 460) : « La règle con- « tenue dans l'art. 2232, entendue au point de vue actif, *ainsi qu'il paraît* « *naturel de le faire d'après les termes employés par le législateur*, contient

Digitized by Google

11. L'art. 2232 est étranger à la prescription extinctive des droits réels et des droits de créance. Le silence du créancier, l'abstention de l'usufruitier, de l'usager, du titulaire d'un droit d'habitation, du propriétaire du fonds dominant seront des causes d'extinction de leurs droits, lorsque le délai fixé par la loi sera expiré. Cependant le créancier est libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre son débiteur; l'usufruitier, le propriétaire du fonds dominant sont libres d'exercer leur droit de jouissance ou de servitude. Ce sont des facultés qui leur appartiennent. Néanmoins leur abstention prolongée pendant le délai de la loi entraînera la perte du droit. Ils ne peuvent invoquer ni l'art. 2226 parce qu'il s'agit de choses qui sont dans le commerce, ni l'art. 2232 parce qu'il est spécial à la prescription acquisitive.

12. Il nous est dès lors très facile de préciser l'étendue de l'art. 2232. Spécial à la prescription acquisitive, il ne peut se référer qu'à des choses ou à des droits susceptibles de s'acquérir par prescription. Or, celle-ci ne peut être invoquée que lorsqu'il s'agit d'immeubles corporels et de certains droits réels immobiliers, tels que l'usufruit, que nous prenons pour type des droits de jouissance, et certaines servitudes réelles. C'est donc à ce point de vue que nous devons nous placer pour interpréter l'art. 2232.

13. L'éminent doyen de la faculté de Paris, M. Colmet de

« donc une solution incontestablement vraie, mais dont l'application ne « se restreint pas aux actes de pure faculté. » Nous ne sommes cependant pas certain que telle fût son opinion. Il paraît admettre, en effet, que la règle de l'art. 2232 peut s'entendre tout à la fois au point de vue actif et au point de vue passif, comme l'avait fait Dunod, et peut se formuler en ces termes « ce qui est de pure faculté n'est pas prescriptible. » Aussi avait-il formé le projet, malheureusement interrompu, de l'étudier au double point de vue de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive.

Après avoir montré, sous l'art. 2226, n° II, que les facultés naturelles et légales de l'homme sont imprescriptibles, Marcadé enseigne (*Prescription*, sous les art. 2229 et suiv., n° VI) que l'art. 2232 est spécial à la prescription acquisitive; mais il ne voit d'actes de pure faculté que dans la jouissance exercée en vertu de la destination de la chose qui appartient à tous ou à plusieurs, et de la qualité de membre de l'universalité qui en est maîtresse.

Leroux de Bretagne professe la même doctrine. *De la Prescription*, t. I, n° 308.

Digitized by Google

Santerre, présente sur ce point une théorie très séduisante que nous allons soigneusement résumer avant d'exposer les motifs qui nous empêchent de l'accepter, malgré la grande autorité de son auteur. Comme nous, il décide que l'art. 2232 est spécial à la prescription acquisitive. Il recherche ensuite quelle en est l'exacte portée.

Après avoir défini les actes de pure faculté [1] « des actes que « leur auteur a faits sans y être contraint, qu'il avait la possibilité « de faire ou de ne pas faire à son choix », M. Colmet de Santerre se demande si cette expression est employée par l'article 2232 dans une acception aussi large.

Il répond que ce n'est pas possible. Car une pareille interprétation serait la condamnation de toute prescription acquisitive de la propriété ou d'un droit d'usufruit.

Elle rendrait impossible toute acquisition de la propriété par prescription. En effet, cultiver ou affermer un champ, habiter ou louer une maison, sont des actes facultatifs de la part de celui qui les accomplit. Or, ces actes lui confèrent la possession, et, s'il n'a pas reçu la chose du véritable propriétaire, leur réitération pendant le temps requis par la loi le conduira à l'usucapion, c'est-à-dire à l'acquisition de la propriété par la prescription. Par conséquent, ce ne sont pas ces actes que l'art. 2232 vise, quand il nous parle d'actes de pure faculté qui ne peuvent fonder ni possession, ni prescription.

Cette interprétation rendrait également impossible toute prescription acquisitive de l'usufruit. Car, en cette matière, la possession se révèle par des actes identiques à ceux qui procurent l'usucapion de la propriété. L'observation que nous avons faite sur ce point s'applique également et avec la même force à la prescription acquisitive de l'usufruit.

Restent les servitudes. Ce sont, d'après M. Colmet de Santerre [2], ces démembrements du droit de propriété, que le législateur a eus en vue, quand il a parlé dans notre article des actes de pure faculté. L'art. 2232 nous apparaîtrait ainsi dans une unité absolue. Une seule pensée aurait préoccupé les rédacteurs

[1] *Cours analytique de Code civil*, t. VIII, n° 338 *bis* I.

[2] *Op. et loc. cit.*, n° 338 *bis* II.

Digitized by Google

de notre Code. Ils n'auraient pas voulu que le droit de propriété pût être trop facilement limité par l'acquisition de servitudes. Ils auraient voulu maintenir la paix, l'harmonie entre propriétaires voisins. Ils auraient voulu prévenir des discussions journalières et établir entre eux de bons rapports de voisinage. En conséquence, ils auraient décidé que les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne fonderaient ni possession, ni prescription et ne pourraient faire acquérir de servitude.

Précisant sa pensée, M. Colmet de Santerre enseigne que notre article ne s'applique pas indistinctement à toutes les servitudes et qu'il « a en vue non pas l'acquisition des servitudes positives, « mais l'acquisition des servitudes négatives, celles qui consis- « tent dans le droit d'empêcher le voisin de faire de sa pro- « priété tel usage que bon lui semble. Il s'agit, par exemple, du « droit d'empêcher le voisin de bâtir sur son fonds. »

Puis il ajoute plus loin :

« La règle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni « possession, ni prescription, est donc mal posée, car elle ne « précise pas par qui les actes ont été faits et au profit de qui ils « ne peuvent fonder une prescription. Elle devrait être formulée « ainsi : les actes qui sont de pure faculté pour une personne ou « l'abstention de ces mêmes actes, ne peuvent fonder pour une « autre personne une prescription du droit d'empêcher ces actes « ou du droit d'exiger le maintien de l'état de choses produit « par ces actes. *Exemple :* un propriétaire ne fait pas de cons- « truction, le voisin ne prescrit pas le droit de s'opposer à ce « qu'il en fasse, ou bien il a bâti une maison, on n'a pas pres- « crit le droit de l'empêcher de la démolir et de lui substituer « une cour ou un jardin..... »

Enfin, il conclut :

« Au fond, il (l'art. 2232) revient à dire que les servitudes non « apparentes ne peuvent pas s'acquérir par prescription (690). »

14. Nous avons le regret de ne pouvoir partager cette opinion.

Nous ferons tout d'abord observer que cette interprétation rend complétement inutile l'art. 2232. En effet, pour prescrire il faut une possession publique (art. 2229, C. civ.). La possession d'une servitude non apparente ne peut pas être publique. Donc ces

Digitized by Google

servitudes ne peuvent pas s'acquérir par prescription. Cette solution résulte de l'art. 2229, et, si l'art. 2232 n'avait pas un autre sens, sa disposition serait superflue. Or, il nous paraît impossible d'admettre une pareille conséquence, quand il s'agit d'articles aussi rapprochés et qu'on se rappelle les incidents qui ont marqué la rédaction de la loi. Le projet de l'an VIII ne parlait que des actes de tolérance et ne mentionnait même pas les actes de pure faculté. Le projet présenté le 7 pluviôse an XII met les *actes facultatifs* sur la même ligne que les actes de tolérance et décide que les uns et les autres ne peuvent fonder ni possession, ni prescription. Enfin, dans la rédaction définitive adoptée par le Conseil d'État le 12 ventôse an XII et votée par le Corps législatif le 17 ventôse suivant, les mots *actes facultatifs* ont disparu; ils sont remplacés par ceux-ci : *actes de pure faculté*. Ces changements successifs prouvent que l'attention du législateur s'est spécialement portée sur la disposition de notre article; ils démontrent le soin minutieux qui a présidé à sa rédaction. Nous nous croyons autorisé à conclure : l'art. 2232 n'embrasse pas, comme le pense M. Colmet de Santerre, tous les actes facultatifs; les auteurs de la loi ne l'ont pas voulu; il ne s'applique qu'aux actes de *pure* faculté, et nous espérons réussir à en déterminer les caractères.

D'un autre côté, l'interprétation proposée par M. Colmet de Santerre a le tort de limiter la portée d'un texte qui, par la généralité de ses termes, doit recevoir application dans tous les cas où la prescription acquisitive est possible.

Enfin allons plus loin. Reprenons la formule que M. Colmet de Santerre nous présente comme la traduction fidèle et rectifiée de l'art. 2232 et recherchons si elle est conforme au texte. Elle comprend une double proposition : 1° Les actes qui sont de pure faculté pour une personne ne peuvent fonder pour une autre personne une prescription du droit d'exiger le maintien de l'état des choses produit par ces actes, v. g., un propriétaire a bâti une maison, on n'a pas prescrit le droit de l'empêcher de la démolir et de lui substituer une cour ou un jardin; 2° L'abstention de ces mêmes actes ne peut fonder pour une autre personne une prescription du droit d'empêcher ces actes, v. g., un pro-

Digitized by Google

priétaire ne fait pas de construction, le voisin ne prescrit pas le droit de s'opposer à ce qu'il en fasse.

Il nous est impossible d'admettre cette traduction de l'article 2232; car elle nous paraît en contradiction avec le texte de la loi. Le législateur traite de la prescription acquisitive. Or la prescription acquisitive est impossible sans possession, et la possession ne se conçoit pas sans un acte de maîtrise, sans un acte positif de la part de celui qui prétend prescrire. Parmi ces actes, il en est qui sont frappés d'inefficacité : ce sont notamment les actes de pure faculté : telle est la règle consacrée par notre article. Le sens de sa disposition nous apparaît, en conséquence, dans sa clarté : les actes de pure faculté ne peuvent servir à celui qui les accomplit; ils ne peuvent fonder à son profit ni possession ni prescription.

D'après la formule de M. Colmet de Santerre, les actes de pure faculté accomplis par une personne ne peuvent profiter à une autre et lui conférer un droit, le droit d'exiger le maintien de l'état de choses qu'ils ont créé; et l'abstention de ces mêmes actes ne peut engendrer de droit au profit d'une autre personne, le droit de les empêcher à l'avenir.

Il suffit de rapprocher cette formule, de l'interprétation que nous avons donnée du texte et que nous considérons comme sa traduction fidèle et littérale, pour être convaincu qu'au lieu d'expliquer la loi elle la refait. C'est pourquoi nous ne pouvons l'accepter.

Nous pouvons conclure : l'art. 2232 n'a et ne peut avoir qu'un sens : les actes de pure faculté accomplis par une personne ne peuvent lui faire acquérir aucun droit, parce qu'ils ne fondent à son profit ni possession ni prescription.

15. Mais alors que faut-il entendre par actes de pure faculté ?

Nous l'avons déjà dit, l'art. 2232 ne s'applique pas à tous les actes facultatifs; le législateur ne l'a pas voulu; car il a remplacé les mots *actes facultatifs* du projet présenté au Conseil d'État le 7 pluviôse an XII par ceux d'*actes de pure faculté*, et cette substitution n'aurait pas de raison d'être si les deux formules avaient identiquement le même sens.

Une définition précise est bien difficile; nous allons cependant

Digitized by Google

la tenter en nous inspirant d'un passage de Dunod, dans lequel nous retrouvons, il nous semble, les qualités distinctives de cet esprit si pénétrant. A la page 89 de son traité *des prescriptions*, il s'exprime ainsi :

« La pure faculté consiste en fait, parce qu'elle ne suppose « pas un droit, ni une action propre et particulière qui préexistent. « C'est pourquoi les auteurs disent qu'elle est de fait et non de « droit, *facti non juris;* et qu'elles dépend uniquement de la « volonté de celui à qui elle appartient, *si et liceat et lubeat.* »

Nous serions presque tenté de définir avec Dunod l'acte de pure faculté : celui qui dépend uniquement de la volonté de son auteur; mais cette formule ne traduit pas assez clairement et assez complètement notre pensée et nous proposons la définition suivante :

L'acte de pure faculté est celui qui dépend de la volonté de son auteur et à l'occasion duquel les tiers ne peuvent former aucune action en justice à l'effet soit de l'empêcher, soit de poursuivre la destruction de ce qui a été fait et le rétablissement de l'état de choses antérieur.

Ainsi deux conditions nous paraissent nécessaires pour qu'un acte soit un acte de pure faculté.

Il faut, en premier lieu, qu'il dépende de la volonté de celui qui l'accomplit. A ce point de vue, c'est un fait; car c'est une manifestation extérieure d'une liberté qui nous appartient.

Mais cela ne suffit pas; car tous les actes facultatifs dépendent également de la volonté de leur auteur. Pour nous l'acte facultatif est le genre dont l'acte de pure faculté n'est qu'une espèce. Par conséquent une seconde condition est nécessaire pour distinguer ces deux classes d'actes. Elle forme le signe essentiel auquel nous les reconnaîtrons.

Il faut, en second lieu, que les tiers n'aient pas d'action en justice à l'effet soit d'empêcher ces actes, soit de poursuivre la destruction de ce qui a été fait et le rétablissement de l'état de choses antérieur. Alors seulement, l'acte accompli sera l'exercice d'une faculté pure, sans mélange; il sera de fait et non de droit, comme le dit Dunod, puisqu'il n'aura donné naissance à aucune action propre et particulière.

Mais du moment où un tiers sera investi d'une action et aura

Digitized by Google

le droit de demander à la justice soit de défendre l'acte soit d'ordonner la suppression des ouvages élevés et le rétablissement de l'état de choses antérieur, l'acte pourra être un acte facultatif, mais il ne sera certainement pas une acte de pure faculté; car, pour reprendre la définition de Dunod, il ne dépend pas uniquement de la volonté de son auteur. Il n'est plus de fait, il est de droit, puisqu'il tombe sous l'application de la loi et peut être déféré à la justice.

Ainsi l'acte par lequel une personne s'empare d'un immeuble qui ne lui appartient pas est bien un acte facultatif, parce qu'elle est libre de le faire ou de ne pas le faire. Mais ce n'est pas un acte de pure faculté, parceque le véritable propriétaire peut agir en justice soit au possessoire, soit au pétitoire, pour mettre un terme à l'usurpation commise et faire rétablir l'état de choses précédent.

A l'inverse, l'acte par lequel un propriétaire élève des constructions sur son fonds, en transforme la nature en convertissant un bois en champ, un champ en vigne, etc. est un acte de pure faculté. Il dépend uniquement de sa volonté. Un tiers ne peut pas s'opposer à l'exercice qu'il fait de son droit. Cet acte ne peut donner lieu à aucune action propre et particulière. C'est donc un acte de pure faculté.

16. On aura certainement remarqué les termes de notre définition sur lesquels il est nécessaire de revenir pour les justifier.

Un acte ne cesse pas d'être un acte de pure faculté, par cela seul qu'un tiers est investi d'un moyen légal de l'empêcher. Il faut, en outre, qu'un tiers ait une action en justice dont l'objet direct soit d'obtenir la destruction de ce qui a été fait et le rétablissement de l'état de choses antérieur. En l'absence de cette condition l'acte reste un acte de pure faculté et ne peut fonder ni possession ni prescription.

Un exemple suffira pour faire saisir l'importance de cette observation et justifier notre définition.

Le propriétaire d'une source en laisse couler les eaux sur les héritages inférieurs (art. 640, C. civ.). Ceux auxquels ces fonds appartiennent se servent des eaux à leur passage conformément à l'art. 644, C. civ.

Le propriétaire de la source n'a pas d'action en justice pour

Digitized by Google

s'opposer à cet usage; mais il a à sa disposition un moyen légal de l'empêcher : c'est de retenir ou d'absorber les eaux.

Les actes d'usage émanés du propriétaire inférieur ne sont incontestablement que des actes de pure faculté et ne peuvent fonder à son profit ni possession ni prescription. Tant qu'il se sera borné à se servir des eaux à leur passage, il n'aura acquis aucun droit contre le propriétaire de la source. Il ne peut en être autrement que s'il a fait et terminé des travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété (art. 642, C. civ.). A partir de ce moment, mais à partir de ce moment seulement, il a la possession et la prescription commence.

Le motif de cette règle se découvre facilement. Lorsque le propriétaire inférieur use de la faculté ouverte par l'art. 644, le propriétaire de la source n'a aucune action pour s'y opposer et demander la destruction de ce qui a été fait. L'acte accompli par le propriétaire inférieur est un acte de pure faculté; il ne peut fonder ni possession ni prescription. Par conséquent, ce qui caractérise l'acte de pure faculté, c'est qu'il dépend uniquement de la volonté de son auteur sans que les tiers puissent s'adresser à la justice pour l'empêcher; l'impossibilité pour les tiers d'intenter une action dans ce but, tel est le signe distinctif de l'acte de pure faculté.

Sans doute le propriétaire de la source peut également empêcher cet usage en retenant les eaux. Mais l'acte, par lequel il atteint ce résultat, consiste dans un fait et non dans une action judiciaire. Nous restons dans le domaine des faits purs et simples; nous ne sommes pas dans la sphère du droit; il ne peut être question de prescription. Nous ferons en outre observer que le propriétaire de la source ne peut pas opposer une contradiction directe au droit du propriétaire inférieur; en retenant les eaux, le premier ne nie pas le droit que le second aurait de s'en servir à leur passage, si elles coulaient; il le met seulement dans l'impossibilité de fait de l'exercer faute d'objet.

Voilà pourquoi nous avons défini l'acte de pure faculté celui qui dépend de la volonté de son auteur et à l'occasion duquel les tiers ne peuvent former aucune action en justice à l'effet soit de

Digitized by Google

l'empêcher, soit de poursuivre la destruction de ce qui a été fait et le rétablissement de l'état de choses antérieur.

17. Il est maintenant facile de dire pourquoi les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription. C'est qu'ils ne renferment aucun empiètement sur les droits d'une autre personne, c'est que, comme le dit exactement Troplong, nos facultés agissent exclusivement sur nous-mêmes et sur les choses qui sont à notre disposition. Leur action est en quelque sorte intérieure; elle est renfermée dans les limites du patrimoine, accessoire et complément extérieur de la personne; elle ne sort pas de ces bornes; elle ne peut porter aucune atteinte aux droits des tiers; par conséquent elle ne saurait conduire à la prescription.

Voilà pourquoi les actes de pure faculté ne peuvent faire acquérir aucun droit.

18. Demolombe exprime une idée voisine de la définition que nous venons de proposer quand il dit dans son *Traité des servitudes* [1] :

« L'acte de pure faculté, en effet, est celui que je puis exercer « par un simple fait, sans le secours d'une action contre un tiers; « car il suppose essentiellement que je ne suis pas en rapport « avec un tiers; à ce point que l'on pourrait expliquer tout simple- « ment la maxime, que les simples facultés sont imprescripti- « bles, en disant qu'on ne peut pas prescrire contre soi-même!

« Donc la prescription, au contraire, pourra commencer à « s'accomplir du jour où, dans l'exercice que je voudrais faire « de la faculté qui m'appartient, je me trouverais en face d'un « tiers, qui prétendrait y faire obstacle et contre lequel il me « faudrait agir. »

Il semble résulter de ce passage que pour Demolombe l'acte de pure faculté est celui qu'on peut accomplir sans avoir besoin de recourir à une action contre un tiers; c'est parfaitement exact; mais cette définition nous paraît incomplète et insuffisante; car elle pourrait également s'appliquer à tous les actes facultatifs; aussi Demolombe parle-t-il des facultés imprescriptibles d'une manière générale. Nous avons au contraire démontré que pour le législateur les actes de pure faculté ne se confondaient pas

[1] *Cours du Code Napoléon*, t. XI, n° 178.

Digitized by Google

avec les actes facultatifs, que les seconds étaient le genre dont les premiers ne sont qu'une espèce. Aussi ne pouvons-nous pas accepter la définition de Demolombe; et distinguant les actes de pure faculté des actes facultatifs, nous disons : l'acte de pure faculté est celui qu'on peut accomplir sans qu'un tiers ait une action en justice pour s'y opposer ou l'empêcher. C'est précisément cette impossibilité dans laquelle le tiers se trouve d'agir qui caractérise l'acte de pure faculté, le différencie des actes facultatifs en général et le frappe d'impuissance au point de vue de la possession et de la prescripion.

19. Après avoir ainsi défini les actes de pure faculté, il nous paraît utile de suivre notre théorie dans quelques-unes de ses applications, de montrer comment elle se concilie avec les principes et s'harmonise avec les décisions de la jurisprudence. Nous rechercherons aussi le moment à partir duquel un acte de pure faculté perd ce caractère et devient utile pour fonder la possession et la prescription. Nous choisirons les exemples les plus saillants, sans avoir la prétention de prévoir tous les cas. Ils seront empruntés soit à des facultés communes à tous, soit à des facultés inhérentes au droit de propriété.

20. La règle de l'art. 2232 s'applique sans difficulté à l'exercice des facultés qui appartiennent à tous collectivement. Ces actes ne peuvent fonder ni possession ni prescription, parce qu'ils ne sont pas accomplis à titre exclusif.

Ainsi, le fait par une personne d'avoir profité du libre accès, qu'une voie publique lui procurait à une rivière ni navigable, ni flottable, pour y puiser de l'eau ou y abreuver ses bestiaux, ne lui donne pas le droit de s'opposer à la suppression de cette voie publique ou de s'en plaindre, pendant quelque laps de temps qu'il se soit renouvelé. Elle n'a fait qu'user d'une faculté commune à tous; les actes qu'elle a accomplis ne sont que des actes de pure faculté; elle n'a pu acquérir aucun droit [1].

De même les actes d'usage des charrières ou terrains vagues situés à côté des habitations et appartenant à la commune, ne sont que des actes de pure faculté, quand ils consistent seulement dans l'exercice du droit collectif qui appartient à tous les

[1] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. II, p. 87, § 179, note 16.

Digitized by Google

habitants. Mais il en est autrement, si ces charrières ne servent d'assiette ni à des chemins ni à des places publiques et s'il s'agit d'actes accomplis à titre privatif [1]. Alors il y a possession et la prescription conduira à l'acquisition d'un droit exclusif, sous les conditions du droit commun.

21. Les dépendances du domaine public nous fourniront un nouvel exemple pour l'application de ces principes.

Ainsi, le fait par une personne d'avoir passé constamment par une voie publique qui en fait partie ne saurait lui conférer le droit de s'opposer à ce qu'une personne, qui ne s'en est jamais servie ou s'en est abstenue, use de la même faculté.

Pour justifier cette solution, on peut dire : d'une part la faculté qui appartenait à l'un ne s'est pas éteinte par non usage ; car elle subsiste tant que la chose existe et conserve sa destination. D'autre part, les actes de l'autre ne lui confèrent aucun droit, sont inopérants en vertu de l'art. 2232; car ce sont des actes de pure faculté; ils ont été accomplis en vertu d'un droit collectif et non à titre de droit exclusif. Or, il ne peut y avoir de possession sans *animus rem sibi habendi*. Donc, leur auteur n'a pas acquis la possession et par suite il ne saurait être question de prescription.

On pourrait ajouter : les routes nationales et départementales, les chemins vicinaux, les rues et les places publiques sont en dehors du commerce à raison de leur destination. Ils sont donc imprescriptibles (art. 2226, C. civ.).

Les actes par lesquels on en use sont donc inefficaces à un double point de vue :

Intrinsèquement et en eux-mêmes, à raison de leur nature d'actes de pure faculté;

Extrinsèquement, à raison de la destination de la chose sur laquelle ils s'exercent et qui, étant hors du commerce, est imprescriptible.

22. Ces principes nous aideront à résoudre une question fort discutée qui se présente assez fréquemment dans la pratique.

Le riverain d'une voie publique accomplit un acte qui, sans porter atteinte au droit de tous, lui procure cependant un avantage exclusif; par exemple, il construit conformément à l'aligne-

[1] Bordeaux, 14 juin 1877, Sirey, 1879. 2. 324; D. P. 1879. 2. 56.

Digitized by Google

ment qui lui a été délivré et ouvre des fenêtres ou pratique une porte donnant sur la voie publique. A quel titre ces travaux ont-ils été effectués? Donnent-ils ou peuvent-ils donner naissance à des servitudes?

Les Cours d'appel d'Orléans [1] et de Caen [2] ont décidé que la voie publique est alors grevée au profit des riverains d'une véritable servitude, qui leur confère tous les avantages attachés à ces démembrements de la propriété. Cette décision trouverait sa justification dans l'art. 682, C. civ. Il résulterait de ce texte que les riverains ont un droit d'accès à la voie publique; car il n'y a d'enclave que si les fonds n'ont pas d'issue sur une voie publique; c'est seulement dans ce cas que les propriétaires peuvent réclamer un droit de passage sur les héritages voisins. Soumis aux règles ordinaires des servitudes, ce droit grèvera le sol de la voie publique, même quand elle aura été déclassée, et pourra être opposé aux acquéreurs des portions de route vendues par l'administration [3].

Mais d'une part l'argument qu'on déduit de l'art. 682 ne s'applique qu'au droit de passage et il ne peut être invoqué en ce qui concerne les vues. D'autre part, il nous semble qu'on donne à l'art. 682 un sens qu'il ne comporte pas. En effet, il n'a pas pour but d'établir une servitude sur les voies publiques et, en réalité, la loi ne l'a pas créée. Par ce texte, le législateur résout seulement une question de fait; il détermine les cas dans lesquels il y aura enclave et décide que les propriétés riveraines des voies publiques ne sont pas enclavées. Quel en est le motif? C'est que le propriétaire peut se servir de la voie publique pour les besoins de l'exploitation ou de la jouissance de son héritage. A quel titre en usera-t-il? Est-ce à titre de servitude? Est-ce à titre de faculté collective, parce que telle est la destination de la chose? La loi ne le dit pas expressément; mais, comme les ser-

[1] 30 juillet 1861, Sir., 1862. 2. 28; D. P., 1861. 2. 163.

[2] 16 novembre 1874, D. P., 1876. 2. 84.

[3] Vazeille (*Traité des prescriptions*, t. I, n° 93) enseigne également que « en supprimant une rue l'administration doit respecter ces servitudes né- « cessaires aux maisons, ou bien acheter leur libération par le paiement « d'une juste et préalable indemnité. »

Digitized by Google

vitudes sont une exception et comme les servitudes légales ne peuvent exister sans un texte formel, nous ne saurions donner notre assentiment à la doctrine consacrée par ces arrêts.

Demolombe [1] et Laurent [2] enseignent également que les riverains ont un droit de servitude de vue et de passage. Mais, suivant ces auteurs, ces servitudes sont soumises à des règles spéciales à raison de la destination du fonds servant. Elles peuvent notamment s'éteindre par suite des changements apportés à l'état des lieux. En effet, l'administration ne peut pas renoncer au droit qui lui appartient de faire à la voie publique les modifications réclamées par les besoins de la circulation, un intérêt de salubrité ou même l'embellissement de la ville, s'il s'agit de rues. Elle conserve, en conséquence, la faculté d'établir un nouveau plan de nivellement ou d'alignement et même de déclasser la voie et d'en vendre le sol. C'est une dérogation au droit commun en matière de servitudes. En effet, d'après l'art. 701, C. civ., le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Cette règle ne peut pas être opposée à l'administration; mais, si par ses travaux ou par le déclassement les jours et les issues qui appartenaient aux riverains se trouvent supprimés, elle sera tenue de les indemniser.

Avec Demolombe et Laurent nous pensons que l'administration peut apporter à la voie publique tous les changements qui lui paraissent nécessaires ou utiles; nous croyons que les riverains ne peuvent prétendre à aucun droit de servitude véritable et ne peuvent réclamer qu'une indemnité. Mais il nous semble difficile d'accepter le motif par lequel ils justifient cette solution. Il y a en effet quelque chose d'étrange dans cette servitude dont on affirme l'existence et à laquelle ne serait attaché aucun des avantages inhérents à ces démembrements de la propriété. La servitude est un droit réel; il est de l'essence du droit réel, au moins en matière immobilière, d'engendrer le droit de suite. Or ici il ne saurait être question d'un droit de suite; le riverain ne pourrait se prévaloir de la servitude qui lui appartenait, à l'encontre du tiers acquéreur de la voie délaissée et vendue. Il

[1] *Cours de Code Napoléon*, t. XII, n° 699.

[2] *Principes de droit civil*, t. VII, n°s 130 à 136.

Digitized by Google

ne peut agir que contre l'administration. Son droit n'a plus le caractère absolu du droit réel ; il n'a qu'un caractère relatif comme les droits de créance. N'est-il pas plus logique de le considérer comme tel?

C'est effectivement vers cette solution que nous inclinons. Nous ne pouvons admettre que les riverains aient acquis une servitude sur la voie publique. Nous ne rencontrons pas ici les éléments essentiels de ce démembrement de la propriété. Il n'y y pas de charge imposée à un fonds. Le propriétaire, qui construit à l'alignement et ouvre des portes ou des fenêtres sur la voie publique, accomplit un acte du pure faculté. Cet acte ne dépend que de sa seule volonté. L'administration ne peut pas l'empêcher, puisqu'elle est obligée de délivrer l'alignement demandé. Ajoutons, pour compléter cette démonstration, que cet acte n'est réellement que l'exercice d'une faculté commune à tous les propriétaires riverains et qu'il est conforme à la destination de la chose. Par conséquent, il ne renferme pas cette atteinte aux droits d'autrui, qui seule pourrait constituer une charge, en l'absence de laquelle l'esprit ne conçoit pas de servitude.

Les riverains, auxquels les actes de l'administration causent un préjudice, ne peuvent pas demander la destruction des travaux qui ont élevé ou abaissé le sol de la voie; ils ne peuvent pas davantage s'opposer à son déclassement et à la vente du terrain, sauf à user du droit de préemption dans les cas où il leur appartient; ils ne peuvent pas enfin se prévaloir vis-à-vis des acheteurs d'un droit de servitude que nous ne croyons pas leur appartenir [1]. Ils ne sont investis que d'une action en réparation du dommage souffert. Cette solution est également admise par Demolombe et Laurent, pour lesquels le droit des riverains est

[1] Dans son audience du 22 mai 1889, la chambre civile de la Cour de cassation a même rendu, par application de cette théorie, la décision suivante, dont nous empruntons l'analyse au journal *Le Droit* (n° du 23 mai 1889) : « Quand une ancienne route nationale a été déclassée, qu'elle n'a « fait l'objet d'aucun autre classement postérieur, et que le sol, n'ayant « pas été aliéné, est resté dans le domaine privé de l'État, le propriétaire « riverain ne conserve pas le droit de passage sur cette ancienne route. Il « ne peut pas, en conséquence, demander en justice la suppression d'un « barrage établi sur ladite route déclassée par un autre propriétaire. »

Digitized by Google

un droit de servitude soumis, comme nous l'avons déjà dit, à des règles spéciales. Pour nous, l'action des riverains trouve son origine dans le contrat tacite résultant de la délivrance de l'alignement. En vertu de cet acte, les propriétaires ont le droit de bâtir aux conditions déterminées par les règlements. Le droit que nous leur reconnaissons nous apparaît comme une juste compensation des nombreuses obligations auxquelles les assujettit le voisinage d'une voie publique. Ce n'est pas un droit de servitude; car l'administration conserve la faculté de modifier l'état des lieux et même de supprimer la voie publique; elle ne pourrait même pas y renoncer; mais c'est un droit de créance; et tout préjudice causé par les actes et le fait de l'administration devra être réparé, pourvu qu'il présente certains caractères que nous ne pourrions pas exposer sans sortir de notre sujet. L'action en dommages-intérêts sera dirigée contre l'État, le département ou la commune, selon la nature de la voie. Ces personnes morales sont seules obligées. En cas d'aliénation, l'acheteur ne pourrait être poursuivi ni par action réelle, parce qu'il n'y a pas de servitude, ni par action personnelle, parce qu'il n'est pas obligé. Pour éviter ces recours, l'administration agira sagement en insérant dans le cahier des charges ou dans le contrat une clause spéciale astreignant l'acquéreur à maintenir l'ancien état de choses et à respecter les ouvertures pratiquées par les riverains de la voie supprimée et aliénée [1].

[1] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 69 et 70 § 249 texte et notes 4 et 5; Batbie, *Traité de droit administratif*, 2e édit., t. VII, n° 246; Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. III, nos 1087 et 1089; Perriquet, *Traité des travaux publics*, t. II, nos 903 à 912. — Les tribunaux judiciaires décident généralement que les riverains n'ont pas sur la voie publique de véritables servitudes et ne peuvent prétendre qu'à une indemnité, même dans le cas de suppression de la voie publique et d'aliénation du sol, à moins de stipulation contraire dans l'acte d'aliénation. Orléans, 5 mars 1869, Sir., 1869, 2, 255; D. P., 1869, 2, 217; Civ. rej., 16 mai 1877, Sir., 1878, 1. 27; D. P., 1877, 1, 431; Rouen, 9 décembre 1878, Sir., 1879, 2, 147; Civ. rej., 25 juin 1879, Sir., 1879, 1, 448; D. P. 1879, 1, 342; Civ. cass., 25 février 1880, Sir., 1881, 1, 167; D. P. 1880, 1, 255; Civ. cass., 4 août 1880, Sir., 1881, 1. 58; D. P. 1880, 1, 446. — L'action en dommages-intérêts, formée par le propriétaire riverain, est de la compétence du Conseil de préfecture, en vertu de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, même dans le cas de suppression

Digitized by Google

23. Mais si une voie cesse de faire partie du domaine public en vertu d'un acte régulier de déclassement, ou même si, en l'absence de tout acte, elle a perdu l'affectation qui la rendait inaliénable et imprescriptible, le droit commun reprend son empire. Les actes, qui jusqu'alors n'avaient été que l'exercice d'une faculté collective appartenant à tous les propriétaires riverains de la voie publique, et qui, pour ce motif, n'étaient que des actes de pure faculté, peuvent revêtir un autre caractère. S'ils sont accomplis à titre privatif ou exclusif, ils fonderont la possession et, s'ils se prolongent ou se répètent pendant les délais de la loi, ils conduiront à la prescription, pourvu qu'il s'agisse d'un droit susceptible de s'acquérir de cette manière et que la possession réunisse les conditions requises par l'art. 2229, C. civ. La Cour de cassation a fait l'application de ces principes à une portion de chemin vicinal désaffectée en l'absence de tout arrêté spécial de déclassement, par un arrêt de cassation du 1er décembre 1874 dans lequel on lit : « Attendu que, si le sol compris dans « les limites d'un chemin vicinal est imprescriptible et ne peut, « en conséquence, faire l'objet d'une action possessoire pendant « qu'il conserve cette destination, il rentre sous l'empire du droit « commun, lorsqu'il cesse d'être affecté au service de la voirie « vicinale... Attendu que ce redressement autorisé par l'admi- « nistration emportait de plein droit le déclassement de la par- « celle abandonnée sans qu'il fût nécessaire de le prononcer « par un arrêté spécial [1]. »

24. Les mêmes règles s'appliquent également aux chemins

de la voie. La jurisprudence semble admettre cette règle dans toutes les hypothèses et ne pas la resteindre au cas où cette suppression se rattache directement à l'exécution d'opérations de voirie. Trib. conflits, 15 novembre 1879, Auzou, Sir. 1881, 3, 19; D. P. 1880, 3, 33 ; Trib. conflits, 26 juin 1880, Dor, Sir., 1882, 3, 3; D. P. 1881, 3, 59; Cons. d'État, 18 juillet 1884, Dame veuve Scrépel, D. P., 1886, 3, 15. Les décisions rendues par le Conseil d'État en cette matière sont très nombreuses ; elles sont indiquées dans les ouvrages spéciaux, notamment dans l'ouvrage de M. Perriquet, que nous avons cité.

[1] Sir., 1875, 1, 167 ; D. P. 1876, 1, 323 — Voir dans le même sens : Vazeille, *Traité des prescriptions*, t. I, nos 89, 91, Cf. no 92; Marcadé sur l'art. 2226 no IV. — Req., 24 avril 1855, Sir., 1856, 1, 443; D. P., 1855, 1, 206; Civ. cass. 27 novembre 1861, Sir., 1862, 1, 170; D. P., 1862, 1, 34.

Digitized by Google

ruraux. L'article 1er de la loi du 20 août 1881 les définit « les « chemins appartenant aux communes, affectés à l'usage du « public, qui n'ont pas été classés comme chemins vicinaux. »

L'usage, que les particuliers en font conformément à leur destination, ne constitue qu'un acte de pure faculté et ne peut fonder ni possession ni prescription. Il s'agit encore d'une de ces facultés qui appartiennent à tous collectivement.

Mais si l'acte accompli était en opposition avec cette affectation, ou si, quoique compatible avec elle, il était exercé à titre exclusif, il pourrait, sous les conditions de l'art. 2229, C. civ., constituer une possession utile et conduire à l'acquisition par la prescription d'un droit soit de propriété ou de copropriété, soit de servitude, pourvu que la servitude fût continue et apparente. Car les chemins ruraux ne sont pas imprescriptibles [1], malgré les difficultés qu'on a élevées sur ce point.

Il en serait autrement, si le chemin avait été l'objet d'un arrêté de reconnaissance rendu conformément à l'art. 4 de la loi du 20 août 1881. Dans ce cas et en vertu de l'art. 6 de la même loi, il devient imprescriptible, comme les chemins vicinaux. Il est soumis aux mêmes règles que ceux-ci. Nous venons de les exposer (*Supra*, nos 21, 22, 23).

25. Les chemins ou sentiers d'exploitation sont, comme les chemins ruraux, affectés aux besoins de l'agriculture ; mais ils n'appartiennent pas à la commune ; ils sont la propriété des particuliers.

En conséquence, ils sont soumis aux mêmes règles que toutes les propriétées privées. Ils peuvent donc être l'objet de contrats et de stipulations. Ils sont prescriptibles [2].

Mais si les actes accomplis par les tiers n'étaient que des actes de pure faculté ou de simple tolérance, ils seraient inefficaces et ne pourraient fonder ni possession ni prescription, en vertu de notre art. 2232.

[1] Civ. cass., 1er décembre 1874, Sir., 1875, 1, 167 ; D. P., 1875, 1, 323 ; Orléans, 6 mai 1885, D. P., 1888, 2, 12.

[2] Req., 20 février 1866, Sir., 1866, 1, 193 ; D. P., 1866, 1, 383 ; Req., 26 décembre 1871, Sir., 1872. 1, 115 ; D. P., 1871, 1, 299 ; Req., 18 mars 1873, Sir., 1873, 1, 303 ; D. P., 1874, 1, 376 ; Req. 5 janvier 1874, Sir., 1875, 1, 27 ; D. P. 1874, 1, 391 ; Req., 7 février 1883, Sir., 1884, 1, 320 ; D. P., 1884, 1, 128 ; Civ. rej., 10 novembre 1886, D. P., 1887, 1, 209.

Digitized by Google

26. La règle de notre art. 2232 s'applique également aux eaux de source.

Le propriétaire du fonds dans lequel une source prend naissance peut, à son gré, absorber les eaux ou les laisser couler sur les fonds inférieurs en vertu de l'art. 640, C. civ. Les propriétaires inférieurs n'ont acquis aucun droit à l'écoulement des eaux qu'ils reçoivent par la pente naturelle du terrain [4], quoique cet état de choses se soit prolongé pendant un temps considérable.

Alors même qu'ils auraient usé des eaux à leur passage, ils ne pourraient pas s'opposer à ce que le propriétaire de la source les retienne et les absorbe. Ils n'ont accompli qu'un acte de pure faculté. Ils ont seulement exercé le droit que leur accorde l'article 644, et qui leur appartient, soit en qualité de copropriétaires du cours d'eau, soit à titre de droit d'usage, selon la solution que l'on donne à une question, dans l'examen de laquelle nous ne voulons pas entrer, celle de la propriété des cours d'eau ni navigables ni flottables. C'est bien un acte de pure faculté; car, comme nous l'avons déjà dit, il dépend de leur seule volonté et nul, pas même le propriétaire de la source, n'a d'action en justice pour l'empêcher et y mettre un terme. Or les actes de pure faculté ne fondent ni possession ni prescription. Donc ils n'ont acquis aucun droit à l'écoulement des eaux.

On peut ajouter pour corroborer ce raisonnement : Les propriétaires inférieurs ont reçu les eaux à titre de servitude (art. 640, C. civ.). La soumission à une charge ne peut évidemment pas servir de base à la possession et à la prescription, c'est-à-dire à l'acquisition d'un droit.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les propriétaires inférieurs eussent acquis un droit à l'écoulement des eaux, que le droit absolu du propriétaire de la source eût été limité, démembré, qu'il fût tenu d'abandonner les eaux à leur cours naturel. S'il en était ainsi, son héritage serait grevé d'une véritable servitude au profit des fonds inférieurs. Celle-ci peut être établie par titre, et, comme elle est continue, elle pourra, si elle se ré-

[4] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 35 § 244 texte et note 9 et les autorités qu'ils citent. — *Adde*, Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, n° 187. Req., 9 décembre 1862, Sir., 1863, 1, 358; D. P., 1863, 1, 127.

Digitized by Google

vèle par des ouvrages apparents, résulter de la destination du père de famille et de la prescription.

Pour que la prescription s'accomplisse, il faudra que les actes d'usage perdent leur caractère d'actes de pure faculté et soient exercés à titre exclusif. Or, d'après la définition que nous avons donnée des actes de pure faculté, ce résultat ne sera atteint que dans le cas où le propriétaire de la source sera investi d'une action en justice à l'effet d'empêcher les travaux ou de faire ordonner la destruction des ouvrages élevés. La jurisprudence en conclut que ces ouvrages doivent avoir été faits par le propriétaire inférieur sur le fonds supérieur dans lequel la source prend naissance [1]. D'éminents auteurs pensent, au contraire, que l'art. 642, C. civ., déroge, en cette matière, aux principes généraux, sur lesquels s'appuie la jurisprudence. En conséquence ils se contentent de travaux faits sur le fonds immédiatement inférieur ou contigu à celui dans lequel la source prend naissance [2].

Nous ne voulons pas entrer dans la discussion de cette question très controversée ; nous nous bornons à faire ressortir le lien qui la rattache aux actes de pure faculté.

27. Des eaux de source il est naturel de rapprocher les eaux pluviales.

[1] V. les autorités citées en ce sens par Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 38 § 244 note 17. Aux arrêts indiqués, il faut ajouter les arrêts suivants qui consacrent cette solution ou en font des applications : Req., 2 août (non avril) 1858, Sir., 1859, 1, 733; D. P., 1859, 1, 230; Civ. cass., 23 janvier 1867, Sir., 867, 1, 125; D. P., 1867, 1, 159; Req., 17 novembre 1870, Sir., 1870, 1, 21; D. P., 1870, 1, 197; Req., 16 décembre 1879, Sir., 1880, 1, 246; D. P. 1880, 1, 153; Req., 4 mars 1885, Sir., 1888, 1, 108; D. P. 1886, 1, 34; Req., 24 janvier 1888, P. D., 1888, 1, 246.

Contrairement aux dispositions du projet de Code rural du 13 juillet 1876, (livre II, tit. I, art 6) le projet de loi sur le régime des eaux, déposé le 24 janvier 1880 et voté par le sénat en 2e délibération le 25 octobre 1883, ainsi que le projet adopté par la commission de la chambre des députés et déposé à la seance du 24 mars 1888, consacrent expressément la solution admise par la jurisprudence de la Cour de cassation.

[2] V. en ce sens : Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 67 § 244 note 17 et les autorités par eux citées.—*Adde*, Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, n° 203; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 3e édit., t. I, n° 1436.

Digitized by Google

Celles qui tombent sur une propriété privée appartiennent, par droit d'accession ou d'incorporation, au propriétaire du fonds. Le droit, dont il est investi, est aussi absolu que celui du propriétaire d'une source. Il faut donc appliquer à ces eaux les règles que nous venons d'exposer, notamment en matière de prescription [1], dont nous parlons à raison de son rapport avec notre sujet. Il nous paraît inutile de revenir sur ce que nous avons déjà dit (*Supra* n° 26). Il existe cependant entre les deux hypothèses une différence qui mérite d'être signalée. Le propriétaire inférieur, qui reçoit les eaux pluviales tombées sur les fonds supérieurs, à quelque titre que ce soit, à titre de servitude en vertu de l'art. 640, ou à titre de droit qu'il aurait acquis par titre, par destination du père de famille ou par prescription, a la faculté d'en disposer à son gré. Il en est propriétaire absolu, même dans le cas où elles forment un ruisseau. Leur intermittence ne permet pas de leur appliquer l'art. 644, relatif aux eaux courantes qui ne sont pas une dépendance du domaine public, c'est-à-dire aux cours d'eau qui ont un caractère permanent [2]. Les eaux pluviales conservent en effet toujours leur nature originaire.

Quant aux eaux pluviales qui tombent sur la voie publique, elles soulèvent, au contraire, des difficultés très délicates.

Si elles ont été l'objet d'une concession expresse de la part de l'administration, le bénéficiaire de cet acte a seul [3] le droit d'en user. S'il est troublé par un tiers, il peut même agir contre lui par action possessoire [4]. Toutefois les propriétaires inférieurs pourraient acquérir contre le concessionnaire un droit à l'écoulement des eaux, même par prescription, comme lorsqu'il s'agit d'une source. Mais vis-à-vis de l'administration, tous ces droits, ceux du concessionnaire comme ceux des propriétaires inférieurs, sont essentiellement précaires. Car la concession qu'elle a faite est toujours révocable.

En dehors de ce cas d'une concession expresse, les riverains

[1] Colmar, 23 mars 1869, Sir., 1870, 2, 8; D. P., 1871, 2, 110.

[2] V. en ce sens : Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 46, § 246, texte et note 1 et les autorités qu'ils citent — V. cep. en sens contraire, Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, n° 228.

[3] Req., 21 mars 1876, Sir., 1876, 1, 359; D. P., 1878, 1, 121.

[4] Req., 16 juillet 1872, D. P., 1874, 1. 79.

Digitized by Google

de la voie publique, obligés de recevoir les eaux pluviales, qui s'en écoulent, en leur qualité de propriétaires inférieurs conformément à l'art. 640, C. civ., peuvent les retenir ou les absorber en vertu d'une autorisation tacite de l'administration. Tous se trouvent également placés sur la même ligne; le droit de tous est le même; car il n'a qu'une seule et même origine. Aucun d'eux ne peut prétendre à un droit exclusif à l'encontre des autres. Il en est ainsi, même dans le cas où les eaux ont été réunies dans un fossé. Leur situation vis-à-vis de l'administration est donc facile à déterminer. En recevant les eaux, ils subissent une servitude; en les retenant et en les absorbant, ils accomplissent un acte de pure faculté; ils n'acquièrent aucun droit contre l'administration, qui peut toujours leur retirer le bénéfice de l'autorisation tacite dont ils profitent, et disposer des eaux à son gré.

Les rapports des riverains entre eux sont plus difficiles à préciser.

Il est certain que le propriétaire supérieur a le droit de retenir ou dériver les eaux, sans que les riverains inférieurs puissent se plaindre [1]. Il s'approprie ainsi, par droit d'occupation, une *res nullius*.

Le riverain inférieur, qui retient et absorbe les eaux, ne peut pas opposer ces actes de jouissance à un riverain supérieur. Il ne le peut pas, alors même que ce dernier se serait abstenu de profiter de l'autorisation tacite de l'administration. Il ne le peut pas, quel que soit le temps écoulé, alors même que sa jouissance et l'abstention de l'autre se seraient prolongées pendant plus de trente ans. L'acte qu'il a accompli est un acte de pure faculté. Il ne dépendait que de sa volonté; les tiers n'avaient pas d'action en justice pour l'empêcher. Il ne peut donc fonder ni possession ni prescription [2].

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le caractère de ces actes fût transformé. Ce résultat ne peut être obtenu qu'à

[1] Trib. de Chateaubriant, 30 mars 1882, D. P., 1885, 3, 104.

[2] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 46 § 245 texte et note 10 et les autorités qu'ils citent. — *Adde* Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, nos 237 à 239. — Req., 18 décembre 1866, Sir., 1868, 1, 29; D. P., 1867, 1, 382; Nancy, 19 décembre 1868, Sir., 1870, 2, 8; D. P., 1871, 2, 144—Comp. Dijon, 17 juin 1864, Sir., 1866, 2, 17; D. P., 1865, 2, 97.

Digitized by Google

l'aide d'ouvrages apparents faits sur le fonds du propriétaire supérieur, et révélant les prétentions de leur auteur. Le propriétaire supérieur est alors mis en demeure de revendiquer la liberté de son héritage, s'il veut la conserver. A partir de ce moment, une action en justice est née à son profit, pour réclamer et faire ordonner la destruction de ces ouvrages. L'acte accompli ne dépend plus de la seule volonté de son auteur. Il perd son caractère d'acte de pure faculté et peut fonder possession et prescription [1].

28. Les rivières ni navigables ni flottables nous fourniront également un exemple à l'appui de notre démonstration. Nous n'avons pas l'intention d'aborder les questions très délicates qui s'élèvent en cette matière; mais les explications sommaires que nous allons présenter mettront en évidence, nous l'espérons du moins, l'importance de notre théorie.

Il est certain que le riverain, qui se sert des eaux conformément à l'art. 644, C. civ., alors même qu'il aurait été seul à en user, n'a acquis aucun droit. La jouissance, renfermée dans les limites de cette disposition, n'est, en effet, qu'un acte de pure faculté. Nul ne peut s'y opposer. Nul n'est investi d'une action en justice pour l'empêcher. Les actes qu'il accomplit ne constituent pas un empiètement sur les droits des autres riverains. Ils ne dépendent que de sa seule volonté. C'est pourquoi ils ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Le riverain, qui en est l'auteur, n'a acquis, même après trente ans et plus, aucun droit nouveau. Le riverain qui s'est abstenu de se servir des eaux n'a rien perdu. Son droit, quel qu'en soit le fondement, n'a pas pu s'éteindre par le non usage [2]. Il conserve la faculté de l'exercer et de le mettre en œuvre, à son gré, quand il le jugera convenable ou utile à ses intérêts.

[1] Civ. cass., 22 avril 1863, Sir., 1863, 1, 479; D. P., 1863, 1, 294.

[2] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 52, § 246 texte et note 33 et les autorités qu'ils citent — *Adde* Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, n° 306 — Req., 17 février 1858, Sir., 1859, 1, 491 ; D. P. 1858, 1. 297; Civ. cass., 23 novembre 1858, Sir., 1859, 1, 682; D. P., 1859, 1, 18; Pau, 27 mai 1861, Sir., 1861, 2, 624; D. P., 1861, 2. 183; Req., 11 mai 1868, Sir., 1868, 1, 285; D. P., 1868, 1, 468; Req., 13 juillet 1869, Sir., 1870, 1, 112; D. P., 1870, 1, 139; Montpellier, 12 janvier 1870, Sir., 1870, 2, 244; D. P., 1871, 2, 70; Bourges, 29 janvier 1872, Sir., 1872, 2, 187; D. P., 1872, 2, 61.

Digitized by Google

Pour que la possession puisse s'acquérir et la prescription s'accomplir, il faut que celui qui se sert des eaux contredise formellement par ses actes le droit du riverain qui reste dans l'inaction; il faut que ce dernier néglige d'exercer l'action qui lui appartient pour obtenir de la justice la destruction des ouvrages élevés sans droit et le rétablissement d'un état de choses conforme à l'art. 644. Dans ce cas seulement, l'auteur des travaux aura nié le droit d'autrui; s'il a possédé sans interruption et dans les conditions exigées par l'art. 2229, il pourra acquérir un démembrement du droit de propriété ou une servitude [1]. On ne peut plus lui objecter l'art. 2232; la prescription acquisitive a commencé son cours; l'acte accompli n'est plus un acte de pure faculté; il ne dépend plus de la seule volonté de son auteur, puisqu'un tiers est investi d'une action pour empêcher cet empiétement sur son droit et y mettre un terme, et peut agir soit au pétitoire soit même au possessoire [2], sous les conditions du droit commun.

Mais il ne nous suffit pas d'avoir établi le principe; dans une matière aussi difficile, il nous paraît nécessaire d'entrer dans quelques détails et de déterminer sommairement le moment précis à partir duquel la possession devient utile pour prescrire.

Une distinction s'impose et la solution varie suivant qu'il s'agit d'un riverain supérieur ou d'un riverain inférieur.

S'agit-il d'un riverain supérieur qui veut prescrire contre les

[1] Voy. outre les arrêts déjà cités et ceux que nous citerons dans les notes suivantes : Req., 23 novembre 1875, Sir., 1876, 1, 103; D. P., 1876, 1, 421.

[2] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. II, p. 133, § 185, note 52 et les autorités qu'ils citent. — *Adde* Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, n° 298.– Req., 12 mai 1862, Sir., 1862, 1, 770; D. P., 1862, 1, 232; Civ. cass., 22 janvier 1868, Sir., 1868, 1, 128; D. P., 1868, 1, 197; Civ. cass., 7 novembre 1876, Sir., 1878, 1, 105; D. P., 1877, 1, 225; Civ. cass., 11 juillet 1877, Sir., 1878, 1, 20; D. P., 1877, 1, 424.

Plusieurs de ces arrêts statuent sur la question de compétence et décident que les tribunaux judiciaires peuvent, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, connaître des actions intentées et, sans se borner à allouer des dommages-intérêts, ordonner la destruction des ouvrages qui ont été construits en violation des droits des autres riverains, alors même que ces travaux auraient été autorisés par un arrêté administratif individuel. L'autorisation administrative n'est accordée que sous la réserve des droits des tiers.

Digitized by Google

riverains inférieurs, il faudra qu'il absorbe un volume d'eau supérieur à celui auquel il a droit en vertu de l'art. 644, C. civ. Cela ne suffit pas. Il faudra en outre que par des ouvrages apparents il mette un empêchement matériel à l'exercice des droits des autres riverains. Il établit, par exemple, un barrage avec une vanne qui, fermée en temps d'étiage, lui procure l'usage exclusif des eaux. Dans ce cas, les riverains inférieurs sont dans l'impossibilité de se servir des eaux ainsi détournées. Ils sont ainsi mis en demeure de faire valoir leurs droits, s'ils veulent les conserver. L'acte n'est plus un acte de pure faculté. Il ne dépend plus uniquement de la volonté de son auteur. Les riverains inférieurs ont une action en justice pour faire respecter leurs droits. Ils peuvent agir soit au pétitoire, soit au possessoire [1]; s'ils gardent le silence, s'ils laissent la possession du riverain supérieur se prolonger sans interruption pendant le temps requis, la prescription sera accomplie. Le droit de l'un se sera accru, le droit des autres sera limité et restreint [2].

Les mêmes principes s'appliquent lorsque le litige s'élève entre deux riverains propriétaires en face l'un de l'autre [3].

S'agit-il d'un riverain inférieur qui veut prescrire contre un riverain supérieur, la question devient très délicate. Nous ne voulons pas entrer dans une discussion qui nous entraînerait beaucoup trop loin. Nous nous bornerons à exposer la solution qui est admise par les auteurs les plus éminents et qui paraît résulter des arrêts très rares rendus sur ce point.

Ici comme dans les hypothèses qui précèdent, il faut des ouvrages apparents et permanents [4] destinés à faciliter au riverain l'usage des eaux. Mais cela ne suffit pas. Le riverain ne fait que

[1] Req. 2 avril 1872, Sir., 1872, 1, 376; D. P., 1872, 1. 363.

[2] Voir Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 52 et 53, § 246 note 34 et les autorités qu'ils citent — *Adde* en faveur de notre opinion : Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, nos 306 et suiv.—Civ. rej., 11 janvier 1881 Sir., 1881, 1, 197; D. P., 1881, 1, 134; Lyon, 26 janvier 1881, Sir., 1882, 2, 204; D. P., 1882, 2, 18.— Comp. : Bourges, 29 janvier 1872, Sir., 1872, 2, 187; D. P., 1872, 2, 61.

[3] Req., 11 mai 1868, Sir., 1868, 1, 285; D. P., 1868, 1, 468.

[4] Des ouvrages temporaires ne suffiraient pas. Caen, 16 décembre 1876, D. P., 1877, 2, 291.

Digitized by Google

se servir des eaux, conformément à l'art. 644, C. civ. Il retire de la faculté qui lui appartient le bénéfice qu'elle est destinée à lui procurer. Il ne commet aucun empiétement sur les droits des riverains supérieurs. Ceux-ci n'en peuvent pas moins se servir des eaux, selon les besoins de leurs cultures ou de leurs héritages. Il n'y a donc pas là cette contradiction manifeste nécessaire pour conduire à la prescription.

Pour atteindre ce résultat le riverain inférieur aura recours à des actes judiciaires ou extrajudiciaires qui ne laisseront subsister aucun doute sur sa volonté formelle de s'opposer à ce que le riverain supérieur se serve des eaux, sur son intention bien arrêtée de restreindre les droits que ce dernier tient de l'art. 644, C. civ. [1].

Mais pour certains des auteurs qui admettent cette doctrine, la prescription est alors extinctive, pour les autres elle demeure acquisitive. Pour les premiers [2], ce serait peut-être une application de la théorie de Dunod [3], aux termes de laquelle « la faculté « qui a son fondement dans la nature, dans le droit public com- « mun à tous ou à plusieurs d'une même société, et dans la « liberté de faire ou de ne pas faire certaines choses, sans « aucune préexistence ni mélange de titre, de convention ou « d'action », imprescriptible en principe, devient prescriptible lorsqu'elle est intervertie. Nous toucherions ainsi à l'extinction des facultés par non usage, c'est-à-dire à la théorie générale de l'art. 2226 que nous ne voulons pas aborder. Pour les autres [4], ces actes auraient pour but d'intervertir le titre d'une possession qui présenterait les apparences de la précarité, si du moins Laurent a employé ces expressions, comme nous le croyons, dans leur acception technique. Nous pensons que ces deux théories de la précarité et des actes de pure faculté sont et doivent rester profondément distinctes. D'après le Code, le détenteur précaire est celui qui possède pour autrui (arg. art. 2236, C.

[1] Civ. cass., 23 novembre 1858, Sir., 1859, 1, 682; D. P., 1859, 1, 18.—V. Montpellier, 12 janvier 1870, Sir., 1872, 2, 244; D. P., 1871, 2, 70.

[2] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, p. 52 et 53, § 246.

[3] *Des Prescriptions*, p. 90.

[4] Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, nos 306 et suiv.

Digitized by Google

civ.); la situation de celui qui accomplit un acte de pure faculté est bien différente. Le détenteur précaire, pour employer le langage de la loi, possède; mais il possède pour un autre et non pour lui-même. Les actes de pure faculté ne profitent ni à autrui, ni même à leur auteur, en ce sens du moins qu'ils ne fondent ni possession ni prescription, aux termes de notre article 2232.

Nous ne voulons pas insister davantage; nous ne retiendrons qu'une observation, dont on saisira facilement l'importance. Le caractère, au point de vue possessoire, des ouvrages construits par le riverain inférieur est incertain. Ils peuvent être considérés comme des actes de pure faculté, s'ils s'élèvent en face de l'héritage auquel ils profitent directement, comme des actes de tolérance s'ils sont faits sur les fonds supérieurs. On peut aussi y voir l'affirmation à l'encontre du propriétaire supérieur d'une prétention à un droit exclusif à l'usage des eaux. Ils sont donc équivoques et ne peuvent donner à la possession qui s'exerce les caractères exigés par l'art. 2229 pour son efficacité. Les magistrats ont bien, en cette matière, un pouvoir souverain d'appréciation [1], mais, dans le doute, ils doivent se prononcer en faveur de la liberté des héritages et contre le riverain inférieur. Les actes judiciaires ou extrajudiciaires, par lesquels celui-ci opposera une contradiction manifeste aux droits du riverain supérieur, mettront un terme à cette incertitude et imprimeront aux faits de possession le caractère non équivoque exigé par la loi. La prescription sera possible et elle sera acquisitive. Tel nous paraît être le fondement juridique de la théorie consacrée par la jurisprudence.

29. Les relations entre propriétaires voisins nous présenteront un dernier exemple d'application de notre théorie. Le propriétaire d'un mur élevé sur la limite extrême de son héritage et non mitoyen a la faculté d'y ouvrir, sous les conditions déterminées

[1] Voy. à ce sujet : Req., 11 mai 1868. Sir., 1868, 1, 156; Civ. rej., 28 décembre 1869, Sir., 1871, 1, 75; D. P., 1870, 1, 150; Req., 9 janvier 1872, Sir., 1872, 1, 225; D. P., 1872, 1, 41; Req., 17 juin 1873, Sir., 1873, 1, 265; Req., 30 juin 1874, Sir., 1874, 1, 485; D. P., 1874, 1, 477; Req., 23 juillet 1878, Sir., 1879, 1, 471; D. P., 1879, 1, 256; Req., 9 mai et 13 juin 1881, Sir., 1882, 1, 456; D. P., 1882, 1, 266 et 267.

Digitized by Google

par les art. 676 et 677, C. civ., des jours qu'on appelle jours de souffrance ou de tolérance. En le faisant, il accomplit non pas un acte de tolérance, mais un acte de pure faculté, qui ne saurait fonder ni possession ni prescription. Le propriétaire voisin pourra, à toute époque, même après trente ans, acquérir la mitoyenneté du mur et exiger la suppression de ces jours [1].

Mais à partir de ce moment la possession devient utile; l'acte n'est plus un acte de pure faculté; il ne dépend plus uniquement de la volonté de son auteur; car le copropriétaire du mur mitoyen a une action en justice pour faire ordonner la suppression de ces jours (arg. art. 675, C. civ.). Si le propriétaire voisin les conserve pendant trente ans, il aura acquis une servitude, puisque les conditions de l'apparence et de la continuité sont réunies. L'acquisition de la mitoyenneté par le voisin aura suffi pour transformer le caractère de sa possession.

30. Nous pourrions multiplier les exemples. Nous ne le ferons pas. Ceux qui précèdent suffisent pour apprécier l'exacte portée et les conséquences de l'interprétation nouvelle que nous proposons de l'art. 2232, C. civ. Nous les avons généralement empruntés à des matières difficiles et délicates, espérant que la rigueur de l'épreuve à laquelle nous avons soumis notre théorie en rendra la démonstration plus décisive.

31. En résumé, d'après l'intention du législateur telle qu'elle résulte de l'historique de sa rédaction et d'après son texte, l'article 2232, spécial à la prescription acquisitive, ne s'applique pas à tous les actes facultatifs, mais seulement aux actes de pure faculté, c'est-à-dire à ceux qui dépendent uniquement de la volonté de leur auteur sans qu'un tiers puisse s'adresser à la justice pour les empêcher, obtenir la destruction de ce qui a été fait et le rétablissement de l'ancien état de choses. Du moment où un

[1] Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. II, p. 430, § 222 texte et notes 62 et 63 et les autorités qu'ils citent, auxquelles il convient d'ajouter : Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 3e édit., n° 1487. Civ. cass., 7 mai 1873 Sir., 1873, 1, 327 ; D. P. 1874, 1, 88 ; Trib. de Castelnaudary, 10 juin 1873, Sir., 1873, 2, 184 ; D. P., 1874, 5, 452 ; Req., 13 juin 1888, Sir., 1888, 1, 413. — Voy. cep. en sens contraire : Laurent, *Principes de droit civil*, t. VII, n° 517.

Digitized by Google

tiers est investi d'une pareille action, l'acte perd son caractère d'acte de pure faculté; il cesse d'être régi par l'art. 2232 et peut fonder possession et prescription. P. DE LOYNES.

QUELQUES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ A PROPOS DE LA SUCCESSION DU DUC DE BRUNSWICK,

Par M. Louis Guénée, avocat, docteur en droit.

Sommaire.

Introduction. Conflit de législations (1 à 4).

I. — Théorie de la personnalité du droit (5). Distinction traditionnelle entre les statuts personnels et les statuts réels; les lois sur l'état et la capacité des personnes rentrent dans le statut personnel (6). Les lois relatives à la dévolution des successions sont-elles de statut réel? Opinion de Savigny (7). Système admis dans l'ancien droit et reproduit par le Code (8, 9).

II. — L'étranger qui pouvait, d'après la loi de son pays d'origine, agir en recherche de paternité, n'est plus recevable à faire cette recherche lorsque, par suite d'un changement de nationalité, il se trouve soumis à une loi qui la prohibe (10, 11). Jurisprudence contraire (12). Les tribunaux français sont incompétents quand il s'agit d'appliquer une loi étrangère contraire aux principes d'ordre public (13). Décisions des juridictions de Brunswick sur la question de filiation (14-16).

III. — Compétence des tribunaux français relativement à une action en pétition d'hérédité intentée par un Français, alors même que la succession s'est ouverte à l'étranger (17-18). Les sentences étrangères ont-elles, en France, force de chose jugée? (19, 21). Les jugements rendus sur les questions d'état n'ont pas besoin d'être revêtus de *l'exequatur* (22). La dévolution des immeubles dépendant de la succession d'un étranger est régie par la loi française lorsqu'ils sont situés en France (23). La succession mobilière est-elle soumise à la loi nationale du *de cujus* ou à celle de son domicile? (24). Que faut-il entendre ici par domicile? Critique des décisions de la jurisprudence qui ne considèrent comme domicilié que l'étranger ayant obtenu l'autorisation de l'art. 13, C. civ. (25). Loi du 14 juillet 1819, art. 2 (26).

1. Le procès relatif à la succession de S. A. R. Charles II de Brunswick, dont le nom a déjà retenti à diverses reprises devant les tribunaux français, fournit l'application intéressante de plusieurs principes de droit international.

2. Le duc Charles II a institué légataire universelle la ville de Genève où il est mort le 19 août 1873. Il ne laissait pour héri-

Digitized by Google

tier légitime que son frère Guillaume [1]. La comtesse de Civry, née dans le duché de Brunswick le 5 juillet 1826 et devenue plus tard française par suite de son mariage, se prétend issue d'une union morganatique entre le duc et lady Colville. Pour le cas où elle ne pourrait fournir la preuve de cette union à raison de la perte des documents destinés à l'établir, détruits vraisemblablement dans l'incendie du palais ducal en 1830, elle soutient que, tout au moins, la qualité d'enfant naturel ne saurait lui être déniée. A ce titre, elle se propose de revendiquer contre la ville de Genève la part de réserve à laquelle elle a droit sur les biens dépendant de la succession et situés soit en France, soit dans le canton de Genève.

Mme de Civry devait donc faire constater judiciairement sa filiation avant d'intenter son action en pétition d'hérédité. Bien qu'unies ensemble par un lien étroit de connexité, ces deux faces du même procès n'en étaient pas moins distinctes et mettaient en conflit des législations opposées.

3. Les règles relatives à la filiation sont loin d'être uniformes, elles tiennent de trop près à l'organisation même de la famille, à l'état social et à la façon dont chaque peuple comprend l'intérêt public et les bonnes mœurs. Cette diversité se manifeste d'une manière particulièrement frappante en ce qui touche la recherche de la paternité, prohibée ici — permise ailleurs. La loi qui l'autorise a voulu contraindre le père à remplir des obligations, à supporter des charges que la nature lui impose, elle espère que la crainte d'avoir à réparer une faute empêchera de la commettre. En la prohibant, au contraire, le législateur cède à la préoccupation d'éviter des scandales et d'assurer la tranquillité des familles contre des procès dont la pratique lui a révélé les dangers et les abus. Autant d'aspects sous lesquels on peut envisa-

[1] Le duc Guillaume de Brunswick est mort le 14 octobre 1884 au château de Sibyllenort en Silésie. Depuis 1831 il avait succédé à son frère Charles écarté du trône par la diète germanique à la fin de 1830. En sa personne s'est éteinte la descendance masculine de Charles Guillaume Ferdinand et de son épouse la princesse Augustine, sœur de Georges III d'Angleterre et de Hanôvre. Pour la généalogie, v. *die Nachfolge in Brunschweig* de Guillaume Francke, Berlin, Charles Habel, 1884.

Digitized by Google

ger les conséquences d'un même fait, et qui conduisent nécessairement à des solutions opposées, bien qu'inspirées également par des considérations de moralité et d'ordre public.

Les lois sur la dévolution des successions, la détermination des héritiers et de la part qui leur revient n'offrent pas moins de divergence; intimement liées à la constitution politique d'un État, elles ne pouvaient davantage être partout les mêmes.

4. En présence d'un tel conflit, il importe d'examiner d'après quelle législation sera tranchée la question de filiation et dévolue la succession objet du litige.

Rappeler d'abord les principes théoriques qui dominent la matière — les appliquer aux faits de la cause — rechercher, enfin, quelles seront, relativement à la pétition d'hérédité, les conséquences de la constatation judiciaire de la filiation : voilà ce que nous nous proposons de faire dans cette étude.

I.

5. Une théorie récente semble, à première vue, éviter les difficultés résultant du conflit des lois. Cette théorie n'est autre que celle de la *nationalité* ou de la *personnalité du droit*, dont l'idée première se retrouve déjà en germe chez les Romains et les Barbares [1]; son promoteur est un jurisconsulte italien, M. Mancini. Elle proclame hautement que l'étranger relève en tous lieux de sa loi nationale. Qu'il s'agisse de sa capacité, de son état, ou de la transmission de ses biens par voie de succession, peu importe [2]. Les partisans de cette opinion reprochent à l'an-

[1] Nous faisons allusion au système suivi à Rome qui appliquait aux pérégrins les lois de leur cité (Gaïus, III, §§ 96 et 120. Ulpien, *Regul.*, XX, § 14). De même les Barbares avaient laissé les divers habitants de la Gaule soumis aux lois propres à leur race.

[2] Le Code civil italien de 1865 a consacré la doctrine de Mancini. L'article 6 dispose que « l'état et la capacité des personnes et les rapports de « famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elles appartiennent. » L'art. 8 est ainsi conçu : « Les successions légitimes et testamentaires, « quant à l'ordre de successibilité, à l'extension des droits successoraux et « à la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, sont réglées par « la loi nationale de la personne du défunt, quelle que soit la qualité des « biens et le pays de leur situation. »

Digitized by Google

cienne distinction des statuts réels et personnels, dernier vestige d'un système qui a fait son temps, de n'être pas en harmonie avec les idées modernes sur la souveraineté des différents États, de donner à la terre une importance que rien ne justifie plus, ils insistent surtout sur son manque de certitude et les nombreuses divergences auxquelles elle aboutit. Cependant les mêmes auteurs reconnaissent que la loi territoriale reprend son empire pour déterminer la forme des actes juridiques (*locus regit actum*) et qu'elle l'emporte sur la loi personnelle quand celle-ci est contraire à l'ordre public. Nous craignons bien qu'une telle concession ne donne naissance, sous un aspect différent, à l'incertitude et à l'arbitraire dont on fait grief aux statutaires. Sera-t-il toujours possible de déterminer dans quelles circonstances l'intérêt général d'un Etat s'oppose à l'application d'une loi étrangère? La notion d'ordre public manque de fixité. Dira-t-on que l'ordre public a moins d'exigences à l'égard des étrangers qu'à l'égard des Français? La difficulté pour autant ne serait pas résolue et force sera de s'en rapporter pour cette délicate détermination à l'appréciation nécessairement variable des tribunaux. Malgré ces incertitudes inévitables, nous reconnaîtrons volontiers que la doctrine de l'extraterritorialité des lois part d'un principe équitable et serait de nature à faciliter les relations internationales de plus en plus fréquentes. Mais en présence des textes du droit positif, elle ne saurait être acceptée. L'interprète peut désirer la réalisation d'un progrés, au législateur seul il appartient de l'accomplir. L'art. 3, C. Civ., dont on ne paraît pas assez tenir compte, renferme dans ses deux derniers alinéas la distinction du statut réel et du statut personnel. Si l'expression de statut n'y est point employée, l'idée s'y trouve : elle ressort clairement de la comparaison des §§ 2 et 3. Au reste il serait bien étonnant que le législateur de 1804 ait abandonné une théorie admise généralement dans la doctrine et la jurisprudence, alors, au contraire, que les travaux préparatoires montrent qu'il a eu l'intention de la reproduire [1]. Aussi avons-nous la ferme conviction que le Code

[1] « L'art. 3, disait le tribun Faure au Corps législatif, contient les princi-« pales bases *d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts per-« sonnels et de statuts réels.* » (Locré, I, p. 612, n. 8). Voir encore : *Obser-*

Digitized by Google

a, par son silence même, consacré la doctrine statutaire traditionnelle, non pas dans sa conception primitive et presque exclusivement territoriale, mais telle qu'elle lui était parvenue par l'intermédiaire des jurisconsultes de la fin du siècle dernier.

Interrogeons donc la tradition.

6. La distinction entre les statuts réels et personnels a de tout temld sdéoccupé les juristes [1], cependant ils étaient unanimes à considérer les lois sur l'état et la capacité des personnes comme rentrant dans le statut personnel [2] et, pour rendre leur pensée plus saisissante, ils les comparaient à « l'ombre qui suit le corps ». « On ne disputera pas sans doute aux lois qui ont été faites pour « la manière de prouver la filiation et qui ne sont pas toujours « uniformes, la qualité de personnelles, disait Bouhier. Il en « faut conclure que l'enfant reconnu au lieu du domicile du père « et de la mère pour être issu d'eux, et dans les formes prescrites « par ce même domicile, doit sans difficulté être tenu pour tel « dans tous les lieux où il pourra se présenter, qu'il soit légitime « ou bâtard. C'est une règle inviolable en fait de questions « d'état. » [3] Merlin adhère, en la formulant à nouveau, à la théorie de Bouhier et de Boullenois [4]. Le Code n'a pas changé cette tradition, il la suppose plutôt qu'il ne la consacre formellement. Par cela seul qu'il décide, dans l'art. 3, « que les lois concernant l'état et la capacité régissent les Français même résidant en pays étranger, » il admet implicitement, par une juste réciprocité, une règle identique en faveur des étrangers qui se trouvent en France. On objectera peut-être, au point de vue spécial qui nous occupe, que les questions de preuve sont de statut

vations du Tribunat (Locré, I, 563, n. 9). 2° Exposé des motifs par Portalis (Locré, I, 580 et suiv. n. 12-16). Rapport de Grenier au Tribunat (Locré, I, 600, n. 9).

[1] Voët *ad Pandectas*, lib. I, t. IV, part. II, n° 1. Bouhier, *Observ. sur la Cout. de Bourgogne*, c. XXIII, n° 1).

[2] D'Argentré, *Brit. const.*, art. 218, glose 6, n. 3, 4 et 7. — Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, tit. I, ch. II, observ. 4, t. I, p. 51, édit. de 1766. — D'Aguesseau, t. VIII, édit. Pardessus, p. 218 et suiv.

[3] Cout. du duché de Bourgogne, c. XXIV, n°s 123-125.

[4] *Répert.*, v° *Loi*, § 6, n° 6, v° *Testament*, sect. I, § 5, art. 1, v° *Majorité*, § 5.

Digitized by Google

réel; la procédure dépend, en effet, du droit public, et les magistrats ne sauraient accepter d'autres preuves que celles qu'autorise la loi territoriale. Il en est autrement pour la filiation; ici la preuve n'est plus une simple affaire de procédure, elle tient au fond du droit et s'identifie, en quelque sorte, avec le système général adopté par le législateur[1]. Tenons donc pour certain que nos tribunaux doivent, pour la preuve de la filiation, s'en référer à la loi personnelle de l'intéressé toutes les fois que cette loi ne sera pas en contradiction avec l'ordre public tel qu'il est compris en France[2].

7. Le statut réel est celui qui a pour objet la condition juridique des biens, leurs modes d'acquisition ou de transmission. A s'en tenir à cette définition, on serait tenté de dire que le statut des successions est réel; mais la réponse dépend du fondement que l'on assignera aux lois successorales.

Pour qui ne voit dans le règlement des successions que le testament présumé du défunt, la situation des biens importe peu, une loi unique doit être appliquée, celle qui régit la personne elle-même. Le rôle du législateur s'est borné à suppléer, à prévoir l'intention des parties, intention nécessairement une, invariable. et quoi de plus contraire à la volonté du propriétaire que de répartir son patrimoine d'après autant de lois différentes qu'il y a de pays divers où il laisse des biens[3]? Ce système, séduisant en pure théorie, semble avoir l'avenir pour lui; mais il ne pourra être accepté que lorsque le droit positif ne prendra pour la transmission des biens par voie de succession d'autre guide que la volonté du défunt. Du jour seulement où cette évolution législative sera accomplie, les successions *ab intestat* passeront, par voie de

[1] En ce sens : Valette sur Proudhon, t. I, p. 80 et suiv. Fœlix, nos 30 et suiv. Demolombe, I, no 98. Aubry et Rau, I, § 31, note 23. Laurent, *Principes de droit civil*, I, no 83 et suiv., et *Droit civil international*, t. II, nos 41 et suiv. Duguit, *Conflit des lois en matière de filiation*, *Journ. de dr. internat.*, 1885, p. 353 et suiv. — Pau, ch. réun., 17 janvier 1872, S. 72. 2. 233. — Cassation Florence, 1er décembre 1884, S. 85. 4. 13. — *Contrà* : Alauzet, *Du statut personnel des étrangers résidant en France*, 1872.

[2] Valette sur Proudhon, t. I, p. 85 et 86. — Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 30 et 31.

[3] C'est l'opinion reçue en Allemagne. Elle a été enseignée par M. de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, § 375 et 376. Cf. Laurent, *Principes de droit civil*, I, no 109. Fiore, no 392.

Digitized by Google

conséquence logique, dans le domaine du statut personnel. Il n'en est pas encore ainsi. Le Code a suivi un système de transaction : tout en cherchant à se rapporcher du droit romain de la dernière époque qui déférait l'hérédité d'après l'ordre des affections, les rédacteurs ont tenu compte de l'idée coutumière de la conservation des biens dans les familles lorsqu'ils ont admis le partage entre les deux lignes de toute succession dévolue à des ascendants ou à des collatéraux. Ce partage qui peut faire concourir un collatéral au 12e degré avec un ascendant du 1er degré n'est certes pas inspiré par la volonté présumée du *de cujus*. Les lois successorales, corollaires de l'organisation politique d'un État, laissent encore de côté cette volonté lorsqu'elles favorisent tour à tour soit la concentration des fortunes, soit le morcellement de la propriété, selon la forme aristocratique ou démocratique du gouvernement.

8. D'après la tradition, au contraire, et la tradition revêt ici une importance toute particulière, la théorie des successions fait partie du statut réel. Dès le XVIe siècle, à la suite des controverses des glossateurs, le principe de la réalité avait triomphé, « les enfants n'en doutent plus » dit d'Argentré[1]. On eût pensé alors que la souveraineté d'un État subirait une grave atteinte si les lois relatives aux immeubles situés sur son territoire variaient avec la nationalité des propriétaires. Aussi la succession de l'étranger était-elle régie par la loi française quant aux immeubles situés sur le territoire et, c'est elle aussi qui fixait le montant de la quotité disponible et de la réserve. « Les statuts réels, écrit « d'Aguesseau, sont ceux qui ont rapport à la qualité et à la « nature des biens dont on peut disposer, qui, par exemple, « défendent de donner plus d'une certaine quotité des propres « ou qui en interdisent la disposition d'une manière absolue, qui « ne permettent que celle d'une partie des acquêts. Ces lois ont « un rapport direct avec les biens, elles sont indépendantes de la « capacité de la personne. »

Anciennement, la règle était identique pour les biens mobiliers et immobiliers, mais par la suite, on décida que les meubles considérés comme universalité, c'est-à-dire au point de vue de leur

[1] Sur la Cout. de Bretagne, p. 681, n° 24 cité par Laurent, *Dr. internat.*, I, n° 241.

Digitized by Google

transmission héréditaire, seraient soumis à la loi du *domicile* du défunt ou ce qui, à cette époque revenait au même, à sa loi nationale; de là la maxime *mobilia ossibus personae cohærent.* Cela signifiait-il, comme on le croit généralement, que les successions mobilières étaient de statut personnel? Nous ne le pensons pas. Bien que différent en apparence, le principe au fond restait le même. Tandis que les immeubles ont une situation fixe, invariable, les meubles n'en ont point, ils sont *ambulatoires*, susceptibles de déplacements rapides et répétés. Pour y remédier, on recourut à une fiction, on leur attribua une situation fictive qu'on fit dépendre de la volonté du propriétaire, chaque individu étant réputé avoir concentré sa fortune mobilière au lieu de son domicile, au centre de ses affaires puisque c'est là qu'il en fait usage[1]. Les valeurs mobilières dépendant d'une succession étaient donc, aussi bien que les immeubles, soumises au statut réel. Nous tenions à faire cette remarque, sauf à y revenir plus tard, pour montrer qu'on a eu tort de reprocher aux statuaires de reculer devant l'application de leur principe et de distinguer, contre toute logique, entre les meubles et les immeubles.

9. Ici encore le Code a hérité de la doctrine élaborée par les anciens auteurs, d'autant plus volontiers que ses rédacteurs se montraient peu favorables aux lois étrangères[2]. D'ailleurs l'art. 3, C. civ., formule d'une manière si générale la règle que les immeubles situés en France sont soumis à la loi française qu'il faut l'étendre, sans hésiter, à leur transmission à titre universel, par suite l'étranger ne pourra en disposer au préjudice des réservataires que dans la limite de la quotité fixée par le Code. On arrive ainsi, il est vrai, à répartir une même succession d'après autant de législations différentes que de pays où il y a des biens héréditaires (*quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*), mais cette conséquence ne suffit pas, à elle seule, pour condamner le système qui y conduit logiquement, et qui prévaut en pratique[3].

[1] Boullenois, I, p. 223 et 224. — Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, nos 23 et 24.

[2] Second exposé des motifs par Portalis, Locré, I, 581 et 582.

[3] Merlin, vo *Loi*, § 6, n. 2. Valette sur Proudhon, I, p. 98. Aubry et

Digitized by Google

II

10. Nous avons terminé l'exposé des principes, faisons-en l'application.

L'action en réclamation d'état intentée par la comtesse de Civry était le préliminaire obligé de la pétition d'hérédité qu'elle se proposait d'intenter contre la succession du duc Charles II. D'après quelle législation allait-elle établir sa filiation?

Contrairement aux règles du droit français et à l'art. 340, C. civ., le droit germanique admet la recherche de la paternité. La preuve peut en être faite autrement que par une reconnaissance authentique et dériver de tous documents publics ou privés, de tous aveux et de toutes circonstances, notamment de celles qui constituent la possession d'état.

11. Née dans le duché de Brunswick, Mme la comtesse de Civry devrait pouvoir bénéficier des dispositions de la loi de son pays d'origine; mais elle est devenue française par suite de son mariage et, en acquérant une autre nationalité, elle a changé de statut. De là surgit une difficulté sérieuse ; va-t-on s'attacher au statut personnel que la comtesse de Civry avait au jour de sa naissance — ou à celui qu'elle possédait lors de sa demande? Au premier cas la loi brunswickoise sera suivie — au second la loi française. On dira peut-être qu'en matière de preuve il faut s'en tenir à la législation qui régissait l'intéressé à l'époque où s'est produit le fait à prouver. Tel n'est pas à nos yeux le véritable aspect du problème. Le changement de nationalité est assimilable à une loi nouvelle qui modifierait le régime des preuves

Rau, t. I, § 31, notes 45, 52 et 53. Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 337. Demolombe, I, nos 90 et 91. Renault, *Succession des étrangers en France*, *Journ. du dr. intern.*, 1875, p. 329 et suiv., 1876, p. 15 et suiv. Laurent, *Le droit civil internat.*, t. II, nos 114-116, t. VII, nos 160 et suiv. Calvo, I, 238. Wheaton, I, 106 et suiv. — Pau, 19 janvier 1872, S. 72. 2. 233. Cass. 31 mars 1874, S. 74. 1. 346. — Cass., 5 mai 1875, S. 75. 1. 409.

[1] V. Code prussien, art. 618. « La recherche de la paternité et de la ma« ternité est permise. » — Code bavarois, P. I, C. IV, 9. — Code saxon de 1863, art. 1858 et suiv. — Code autrichien, art. 163. — Code du canton de Vaud. art. 182 et suiv., *adde* Schwabenspiegel, 334.

Digitized by Google

antérieurement adopté, comme elle il n'a pas d'effet rétroactif, mais laisse seulement subsister intacts les droits acquis. En acceptant cette idée comme point de départ, il n'y a qu'à examiner, pour résoudre la question, si la faculté de provoquer une reconnaissance forcée de paternité constitue ou non un droit irrévocable. C'est toujours chose délicate que de limiter exactement le domaine d'une loi nouvelle et d'établir une ligne de démarcation bien précise entre la simple expectative et le droit acquis à l'abri de toute atteinte. Mais il est bon de ne point oublier que les lois nouvelles sont présumées meilleures que les anciennes, et que l'intérêt de la société, dans lequel elles sont faites, exige qu'elles reçoivent application le plus promptement possible, dût-on sacrifier pour cela quelques intérêts particuliers. Or, l'enfant ne saurait prétendre qu'il a droit acquis à rechercher son père. Autrefois la recherche de la paternité était admise; les abus révélés par l'ancienne jurisprudence ont porté, à tort ou à raison, le Code de 1804 à l'interdire dans la crainte de procès scandaleux. Cette considération déduite de l'intérêt général doit prévaloir sur l'intérêt privé, et nous ne pensons pas qu'un individu né à une époque où il pouvait établir judiciairement sa filiation paternelle eût été recevable à le faire après la promulgation du Code [1]. Si tel est l'effet d'un changement de législation, il doit en être de même du changement de statut. Un acte de naissance, une reconnaissance resteraient certainement valables, quand même une loi nouvelle viendrait à en changer les conditions de validité; l'état de l'enfant se trouve alors fixé d'une manière définitive et, en ce sens, il est vrai de dire que les preuves sont régies par la loi en vigueur, au moment où le fait à prouver s'est accompli, où l'acte a été dressé. Toute autre est la faculté éventuelle qui appartient à l'enfant d'intenter une action pour prouver sa filiation : il n'y a là qu'une pure expectative non encore convertie en droit [2].

[1] Demolombe, I, n° 42. *Contra :* Merlin, *Répert.*, additions, t. XVI, p. 253. Grenoble, 5 août 1829, D. 33. 1. 89.

[2] La même difficulté s'est élevée dans le procès intenté par la comtesse Lambertini contre les héritiers du cardinal Antonelli. V. *Journ. du dr. internat.*, 1880, p. 109-119. V. également Cass. Rome, 23 mars 1887 (*la Legge*, 1887, vol. 1, p. 651). *Journ. du dr. internat.*, 1887, p. 671.

Digitized by Google

12. L'opinion qui réunit nos préférences comme la plus conforme aux vrais principes du droit, n'a pas obtenu les suffrages de la jurisprudence. La Cour de Paris et la Cour de cassation, dans des arrêts rendus entre les mêmes parties — il s'agissait d'une demande de pension alimentaire formée par Mme de Civry contre le duc de Brunswick — ont décidé que l'enfant avait, par le fait seul de sa naissance, un droit irrévocable quoique éventuel, à agir en recherche de paternité suivant les lois de son pays d'origine, droit qu'il ne peut perdre par suite d'un changement ultérieur de statut et de nationalité [1].

13. Supposons, avec ces arrêts, que Mme de Civry puisse, conformément à son statut personnel d'origine, prouver sa filiation à l'encontre de son père, quel tribunal était compétent pour statuer sur l'action en réclamation d'état?

Puisque les juridictions françaises doivent s'en référer aux lois étrangères pour trancher les questions d'état intéressant des étrangers, c'est qu'elles ont qualité pour en connaître. Mais il n'en est ainsi, nous l'avons annoncé par avance, qu'autant que la loi étrangère, dont il s'agit de faire application, n'a rien de contraire aux idées reçues en France sur l'ordre public. Or, en présence des motifs qui ont présidé à la rédaction de l'art. 340, C. civ., il est difficile de croire que nos tribunaux puissent retentir des procès scandaleux, des dénonciations calomnieuses, que le Code avait tant à cœur de proscrire. Le statut personnel de l'étranger se trouve donc dominé par le statut territorial qui prohibe la recherche de la paternité. Ainsi l'a jugé la Cour de Paris dans un arrêt que nous avons déjà eu occasion de citer : « ..... Con-
« sidérant, disait la Cour, que cette recherche permise par la
« loi de Brunswick, ne peut être en France la base d'une action
« et d'une décision de justice. Que l'on ne peut assimiler la de-
« mande de la dame de Civry, qui nécessiterait l'application par
« les juges français d'une loi étrangère contraire à la loi fran-
« çaise, à l'action d'un étranger qui, après avoir fait fixer par
« les tribunaux, et d'après les lois de son pays, un état que la
« loi française ne lui aurait pas reconnu, ne demanderait à la

[1] Paris, 2 août 1866, S. 66. 2. 342. — Cass. req. 25 mai 1868, S. 68. 1. 364.

Digitized by Google

« justice française que d'apprécier les conséquences de cet état « ainsi judiciairement établi [1]. » La même doctrine ressort des considérants de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 25 mai 1868. Nous admettons volontiers, avec la Cour de Paris, que le pouvoir appartenant aux tribunaux français d'appliquer, entre les parties qui sont en droit de les invoquer, les lois d'un pays étranger, s'arrête lorsque ces lois blessent un principe d'ordre public et notamment quand elles permettent la recherche de la paternité.

14. Si cette recherche était irrecevable en France, l'instance devait être introduite devant les juridictions brunswickoises Aussi la comtesse de Civry s'adressa-t-elle au duc de Brunswick alors règnant, héritier légitime de son frère, et au tribunal ducal pour faire constater sa filiation.

Là les preuves les plus certaines : aveu (non authentique) de paternité fait par le duc Charles II à son frère lors du baptême, de la confirmation et du mariage de la comtesse de Civry, ce qui, en outre, constituait une possession d'état parfaitement établie. Enfin, appelé à donner son témoignage, le duc Guillaume, défendeur à l'action en réclamation d'état, déclara officiellement que Mme de Civry était sa nièce et sa filleule.

En présence de ces preuves surabondantes, le tribunal ducal de district, par deux jugements rendus les 16 octobre 1878 et 30 juillet 1879, constata que la demanderesse était bien la fille naturelle du duc Charles ; décision qui s'imposait aux juges, puisque la législation, en vigueur dans le duché, accepte toute espèce de preuve pour établir la paternité naturelle. Cependant, au lieu d'insérer cette déclaration dans le dispositif de son jugement, le tribunal crut devoir subordonner l'établissement de la filiation à la production soit de titres authentiques, soit de lettres patentes autrefois délivrées par le duc. Dans cette décision assez bizarre et quelque peu contradictoire, les juges paraissent avoir été dominés par cette considération que les conséquences de l'état qu'ils reconnaissaient seraient déduites par des tribunaux français ou genevois qui n'admettent comme preuve de la filiation natu-

[1] Paris, 2 août 1866. — En sens contraire, Laurent, *Le droit civ. internat.*, t. V, nos 263 et 264.

Digitized by Google

relle qu'un acte authentique de reconnaissance et accordent à l'enfant naturel des droits successoraux supérieurs à ceux que lui concède la loi brunswickoise.

15. Il y avait là une confusion certaine de la part du tribunal entre la question de filiation, la seule qui lui fut soumise, et la revendication de la succession. Les juridictions de deux nations différentes sont vis-à-vis l'une de l'autre, dans un état de suprême indépendance et les juges appelés à statuer sur un procès n'ont nullement à se préoccuper des effets éventuels de leur sentence en pays étranger. Nous aurions compris et approuvé cette décision si, pour la donner, le tribunal ducal était parti de l'idée, la seule exacte à nos yeux, que Mme de Civry, en devenant française, avait perdu le droit de bénéficier des règles de son statut d'origine. On lui eût alors appliqué sans difficulté sa loi personnelle, c'est-à-dire la loi française. Mais comme les juges ne semblent pas avoir accepté ce point de départ, ils n'avaient aucun motif pour se refuser à constater la paternité du duc Charles II.

16. Sur l'appel interjeté, la Cour supérieure de Brunswick, par arrêt du 3 juin 1880, tout en déclarant « que la descendance de la comtesse de Civry comme fille du feu due Charles II était reconnue d'après l'avis même du défendeur », refusa néanmoins de la consacrer par des considérations du même ordre que celles que nous venons de relever.

L'action en réclamation d'état, continuée par les héritiers de la comtesse de Civry, est actuellement pendante devant la Cour suprême de Brunswick à la suite d'un pourvoi dirigé contre l'arrêt du 3 juin 1880. Il est à croire que cette haute juridiction, dans toute son indépendance, saura faire abstraction des scrupules sans fondement conçus par les premiers juges et que, pour la solution de la question qui lui est soumise, elle ne se laissera pas influencer par les conséquences que pourra entraîner ultérieurement sa décision souveraine.

III.

17. Nous sommes ainsi conduit à examiner quels effets

Digitized by Google

produira en France, relativement à sa succession, la sentence qui aura constaté la paternité naturelle du duc de Brunswick.

18. Nous laissons déjà ainsi entendre que l'action en pétition d'hérédité sera portée devant les juridictions françaises. Une solution différente pourrait cependant être donnée qui attribuerait compétence exclusive aux juridictions du lieu d'ouverture de la succession [1]. Cette opinion ne trouverait pas un point d'appui suffisant dans l'art. 59, C. pr., qui prévoit le cas d'une succession ouverte en France et a voulu seulement trancher un conflit entre des tribunaux français. En sens inverse, ce serait aller trop loin que de rendre compétents les tribunaux français par application de l'art. 14, C. civ. Si générale que soit la règle formulée par ce texte, dans un but de protection d'ailleurs fort contestable, alors même qu'elle devrait s'étendre à toutes les obligations, quelle que soit leur cause génératrice, dont un étranger se trouve tenu envers un Français [2], il n'est plus permis de l'invoquer quand il s'agit non pas d'une action personnelle, mais d'une action réelle comme la pétition d'hérédité. L'unité de juridiction à laquelle on aboutit dans ces deux systèmes se recommande par de sérieux avantages pratiques, elle ne s'impose pas cependant; dès que l'on admet, avec l'opinion dominante, que les successions sont régies par autant de lois différentes que de pays où il y a des biens héréditaires, pourquoi l'unité de juridiction serait-elle exigée, alors que l'unité de législation ne l'est pas? Pourquoi la succession formerait-elle un tout inséparable dans un cas et non dans l'autre? Nous ne reconnaîtrons donc la compétence des tribunaux français, en matière de pétition d'hérédité, que pour les immeubles situés en France, d'après les principes du droit commun [3]. La jurisprudence toutefois incline à étendre la portée de l'art. 14, C. civ. La Cour de Paris a notamment autorisé un héritier français à porter l'instance en partage devant le tribunal de son domicile, dans l'hypothèse d'une succession laissée par un Anglais non domicilié en France et où il ne possédait aucun immeuble. Voici les motifs donnés par la Cour : « Attendu que

[1] En ce sens, M. Dubois, *Journ. de dr. internat.*, 1875, p. 141, note 3.
[2] Aubry et Rau, t. VIII, § 748 *bis*, p. 137. Demolombe, I, n° 250.
[3] Art. 3, C. civ. art. 59, § 3, C. Pr.

Digitized by Google

« tous les tribunaux français doivent justice à tous les Français qui « la réclament; que ce principe émane du droit de protection ac- « cordé par l'autorité publique aux regnicoles; qu'ainsi, toute « disposition contraire de loi serait une exception qui devrait être « rigoureusement limitée aux cas qu'elle a prévus;—Attendu que « l'art. 14, C. civ., reconnaît aux Français le droit de poursuivre « en France le paiement des obligations contractées par l'étranger « à leur profit, quelqu'en soit l'objet mobilier ou immobilier; « —Attendu que les obligations résultent aussi bien du commerce « forcé des hommes que du concours de leur libre volonté; « qu'en matière civile, les termes d'actions et d'obligations sont « corrélatifs; d'où il suit que l'art. 14 s'applique à toute action « civile intentée par un Français contre un étranger; —Attendu « qu'il n'existe aucune exception pour le cas où il s'agit d'une « pétition d'hérédité; qu'on ne saurait la trouver dans l'art. 59, « C. pr.; qu'en effet, il est contraire au droit de souveraineté « que la loi du pays attribue juridiction aux tribunaux d'un pays « étranger, principe qui restreint les dispositions de l'art. 59. « C. pr., aux successions ouvertes dans l'étendue du territoire « français, que le cas où l'ouverture de la succession a lieu hors « des limites du territoire n'ayant pas été prévu, il faut y suppléer « par les dispositions de l'art. 14, C. civ. [1]. »

Ainsi la théorie qui se dégage de cet arrêt consiste à appliquer l'art. 14, C. Civ., à toute action réelle ou personnelle, abstraction faite de l'idée d'obligation. Il suffira donc, en dernière analyse, que l'action soit exercée par un Français pour que nos tribunaux s'en trouvent régulièrement saisis. N'est-ce pas faire preuve de trop de défiance à l'encontre des juges des autres nations?

19. Il importe, dès lors, de se demander si le jugement sur la question de filiation, fondement de la pétition d'hérédité, sera accepté en France sans nouvel examen ; ici intervient la théorie de l'autorité extraterritoriale des jugements. S'il est universellement reçu que les sentences judiciaires ne peuvent être mises à exécution, en dehors des limites territoriales où s'exerce la souveraineté au nom de laquelle elles sont rendues, qu'après avoir

[1] Paris, 17 nov. 1834, S. 36. 2. 173. — *Adde* Paris, 11 décembre 1855, S. 56. 2. 302.

Digitized by Google

reçu le baptême de la nationalité, faut-il du moins reconnaître que ce qui a été décidé à l'étranger doit, abstraction faite de toute exécution, être tenu pour vrai en France, en d'autres termes que le même procès intenté à nouveau serait péremptoirement écarté par l'exception de chose jugée ? Sans entrer dans une controverse qui n'est pas encore épuisée, bornons-nous à la simple indication des systèmes émis en doctrine et en jurisprudence.

20. D'après une opinion ancienne et qui compte actuellement de nombreux défenseurs, les jugements rendus au profit d'un Français contre un étranger auraient seuls la force de chose jugée et deviendraient exécutoires en vertu d'une simple injonction du juge français sans révision au fond. Telle était la solution consacrée par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 [1] que les articles 2123, C. Civ., et 546., C. Pr., n'ont pas abrogée [2].

21. Nous croyons plus exacte la doctrine qui reconnaît aux sentences étrangères *de plano* l'autorité de la chose jugée. Comme on l'a très-justement remarqué, un jugement n'est, en réalité, qu'une loi spéciale intervenant pour régler un rapport de droit entre deux plaideurs, et il est difficile de comprendre pourquoi nos tribunaux, qui respectent les lois étrangères toutes les fois qu'elles régissent les parties, ne respecteraient pas aussi les décisions régulièrement rendues pour l'application de cette loi [3]. Les jugements méritent-ils moins de confiance que les actes reçus par les officiers publics étrangers auxquels on ajoute foi ? La formalité de *l'exequatur* n'est requise que pour leur exécution, et le tribunal chargé de l'accorder doit se borner à vérifier leurs conditions extrinsèques de validité [4].

22. Mais la jurisprudence française est fixée en ce sens que la formalité de *l'exequatur* à laquelle sont soumis les jugements

[1] Boullenois, t. I, tit. II, ch. IV, p. 646.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Jugement*, § 8; v° *Souverain*, § 6. Valette, *Mélanges*, t. I, p. 351 et suiv. Aubry et Rau, t. VIII, p. 414 et suiv., § 769 *ter*, texte et notes 4-9.

[3] V. Daguin, *De l'autorité et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, Pichon, 1887, p. 43 et suiv., p. 82 et suiv.

[4] Labbé notes dans Sirey, 65. 2. 60 et 84. 1. 425. Dubois, note sous Paris, 7 mars 1878, S. 79. 2. 164. — De Vareilles-Sommières, *De l'hypothèque judiciaire*, p. 136.

Digitized by Google

étrangers est nécessaire aussi pour leur confrérer l'autorité de chose jugée [1]. En sorte que le tribunal appelé à donner *l'exequatur* se trouve investi du pouvoir de réformer le jugement, de l'examiner à nouveau quant au fond.

En acceptant ce système, ne convient-il pas d'y apporter exception pour les jugements qui constatent l'état des personnes? Il faut, sans hésiter, répondre affirmativement, comme le faisait déjà Boullenois sous l'empire de l'ordonnance de 1629 [2]. De telles décisions ne sont que la simple constatation d'un fait et elles doivent être acceptées par nos tribunaux au même titre que des actes de l'état civil. Que l'état des étrangers soit fixé par la loi ou un jugement, peu importe; de même qne les lois relatives au statut personnel suivent l'étranger, de même les jugements rendus en cette matière peuvent être invoqués partout sans qu'il soit besoin au préalable de les rendre exécutoires. L'*exequatur* ne se conçoit que pour les sentences qui contiennent des condamnations et réclament des mesures d'exécution, parce que cette exécution suppose l'intervention du pouvoir souverain et qu'il serait contraire au principe de l'indépendance respective des États de mettre la force publique à contribution pour assurer l'exécution d'une décision émanée d'un juge étranger. Les jugements en question n'étant pas susceptibles d'exécution par voie de saisie, la règle formulée par les art. 2123, C. Civ., et 546, C. Pr. devient sans application à leur égard, et la Cour de cassation, d'accord avec la doctrine, leur reconnaît *de plano* autorité de chose jugée [3].

[1] Cass., 27 déc. 1852, S. 53. 1. 94. Lyon, 1er juin 1872, S. 72. 2. 174. Cass., 16 juin 1876, S. 76. 2. 213. Nancy, 6 juillet 1877, S. 78. 2. 129. Rennes, 26 décembre 1879, S. 81. 2. 81. Rouen, 20 avril 1880 sous Cass., 18 juin 1881, S. 82. 1. 33. Cass., 21 août 1882. S. 84. 1. 425. — Fœlix et Demangeat, t. II, n. 351. Bard, *Précis de dr. internat.*, n° 238.

[2] T. I, tit. II, ch. IV, p. 603 et suiv. cité par Laurent, *Le dr. civ. internat.*, t. VI, n° 88.

[3] Cass., 23 février 1860, S. 60. 1. 210. Cass., 6 juillet 1868, S. 68. 1. 325. Aubry et Rau, t. I, p. 96, note 35. Demolombe, I, 103. Laurent, *Le dr. civ. internat.*, t. VI, n° 88. Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers*, p. 82. Daguin, *De l'autor. et de l'exécut. des jug. étrangers*, p. 135 et suiv. *Contra :* Pau, 17 janvier 1872, S. 72. 2. 33. La Cour de Paris avait jugé (16 janvier 1836, S. 36. 2. 70) que l'interdiction prononcée par une autorité

Digitized by Google

Vainement objecterait-on que le jugement qui déclare une paternité naturelle ne saurait être invoqué en France comme contraire aux règles d'ordre public consacrées par notre droit positif. L'objection serait facile à écarter : elle repose sur une confusion. La loi française ne prohibe que la recherche de la paternité et non sa constatation, puisqu'elle admet la reconnaissance volontaire. Dès que cette paternité se trouve régulièrement établie à l'étranger, aucun obstacle, tiré de raisons d'ordre public, ne s'oppose à ce que les juridictions françaises en déduisent les conséquences légales [1]. Il s'agit d'ailleurs non de l'application d'une loi étrangère, mais d'une simple décision déjà rendue par les tribunaux compétents. Et nous pouvons invoquer comme argument *a fortiori* les décisions de la Cour suprême dans une matière touchant plus gravement encore à l'ordre public. Avant la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli chez nous le divorce, la Cour jugeait que l'étranger, qui avait obtenu le divorce dans son pays, pouvait contracter, en France, un nouveau mariage avec une Française, du vivant de son conjoint, quand même le premier mariage aurait été contracté avec une Française [2]. Mais la question a été, en quelque sorte, tranchée par anticipation à l'occasion d'une demande en pension alimentaire formée par la comtesse de Civry contre le duc Charles II, dans un arrêt de la Cour de Paris dont nous avons précédemment rappelé les considérants [3]. La Cour de Paris a laissé entendre, à l'occasion de ce procès, qu'elle s'en référerait à la sentence des tribunaux de Brunswick sur la recherche de la paternité, doctrine implicitement consacrée par la Chambre des requêtes dans son arrêt du 25 mai 1868 [4].

étrangère ne pouvait être acceptée en France de plein droit et sans examen. Il s'agissait d'une ordonnance d'interdiction rendue en 1833 contre le duc Charles de Brunswick; mais les motifs tout de circonstance et d'ordre politique donnés par la Cour à l'appui de sa décision montrent assez son caractère exceptionnel.

[1] Nous n'en dirions pas autant de la sentence qui constaterait une paternité adultérine ou incestueuse dont la reconnaissance est formellement interdite par l'art. 335, C. civ.

[2] Cass. 28 fév. 1860, S. 60. 1. 210. Cass. 15 juillet 1878, S. 78. 1. 320. *Adde* Amiens, 15 avril 1880, S. 80. 2. 172.

[3] Paris, 2 août 1866, S. 66. 2. 342.

[4] S. 68. 1. 365.

Digitized by Google

23. Reste à déterminer la quotité des biens héréditaires que Mme de Civry pourra réclamer comme fille naturelle du duc de Brunswick.

En admettant, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, qu'une réserve existe au profit de l'enfant naturel, le montant doit en être calculé en vertu du principe même qui fixe sa vocation héréditaire. Aux termes de l'art. 757 § 2, C. civ., l'enfant naturel en concours avec des frères et sœurs du défunt a droit à la moitié de ce qu'il aurait eu comme légitime, sa réserve sera donc du quart.

Comme les lois qui déterminent la quotité disponible dépendent du statut réel, nul doute que Mme de Civry ne soit fondée à réclamer la part de réserve à laquelle elle a droit sur les immeubles de la succession situés en France ou dans le canton de Genève, dont la législation est à cet égard identique à la nôtre [1].

[1] Une loi du 5 septembre 1875 a apporté de sérieuses modifications au Code civil resté en vigueur à Genève. Désormais l'enfant naturel, jusque-là successeur irrégulier, est traité comme héritier. Voici quelques-uns des nouveaux articles :

« Art. 756. L'enfant naturel dont la filiation a été légalement reconnue, est appelé à la succession de son père, de sa mère et des descendants de ses père ou mère.

« Art. 757. Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, la part de l'enfant naturel est de la moitié de celle qu'il aurait eu s'il eût été légitime. Si le père ou la mère décède sans descendants légitimes, mais en laissant un père et une mère, l'enfant naturel hérite des trois quarts de la succession et le surplus se partage entre le père et la mère du défunt. Si le père ou la mère du défunt est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue se réunit à la portion déférée à l'enfant naturel. Si le père ou la mère de l'enfant naturel sont décédés sans descendants légitimes et en ne laissant ni père ni mère, l'enfant naturel hérite de la totalité des biens. Dans les cas prévus du présent article sont réservés les droits de l'époux survivant tels qu'ils résultent de l'art. 767 du présent code.

« Art. 913. Les libéralités soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ou naturel — le tiers s'il laisse deux enfants — le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. S'il y a des enfants naturels, le partage de la portion non disponible se fait entre eux et les enfants légitimes suivant la règle établie en l'art. 757. » (*Ann. de légis. étrangère*, 1875).

Les droits de l'enfant naturel sont réglés de la manière suivante par l'ar-

Digitized by Google

24. Que décider pour les meubles : appliquera-t-on, pour en régler la dévolution, la loi nationale du duc de Brunswick, ou la loi du canton de Genève où il était domicilié à l'époque de son décès? Dans l'ancien droit on aurait suivi la loi du domicile. Mais alors le domicile déterminait le statut personnel [1]. Maintenant c'est la nationalité; de là est née la difficulté et on s'est demandé s'il ne fallait pas, par voie de conséquence, soumettre la succession mobilière, non plus à la loi du domicile, mais à la loi personnelle, c'est-à-dire nationale, du propriétaire. Une certaine divergence se manifeste dans les arrêts; quelques-uns s'en réfèrent à la loi nationale du défunt; [2] d'autres plus nombreux s'attachent à la loi du domicile [3]. Nous croyons cette dernière opi-

ticle 657 du Code prussien : « Les enfants naturels n'ont sur la succession « de leur père d'autre droit que celui de réclamer leur entretien jusqu'à « leur quatorzième année. Ils n'ont aucun droit héréditaire lorsque le père « laisse des enfants de mariage de main droite ou de main gauche. « S'il n'en extste pas et qu'il n'y ait aucune institution testamentaire, le « sixième de la succession leur est attribué, s'ils justifient d'une recon- « naissance volontaire ou prononcée par justice; mais le père n'est tenu « à aucune légitime envers eux. »

D'après l'art. 60 du droit civil du duché de Brunswick, « les enfants na- « turels ne sont pas appelés à la succession paternelle, ils n'ont droit « qu'à des aliments. » (Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers*, 1856, t. II, p. 13). Le projet du nouveau Code civil pour l'Empire d'Allemagne décide qu'à l'égard de son père l'enfant naturel a droit uniquement à des aliments pendant les premières années de son existence, tandis qu'à l'égard de sa mère et des parents de celle-ci il a tous les droits d'un enfant légitime (V. Bufnoir, *bull. de la société de législation comparée,* 1889, p. 147).

[1] Pothier, *Introd. générale aux Coutumes*, n° 8. C'est encore ce qui a lieu en Allemagne où la résidence habituelle exerce une influence beaucoup plus grande qu'en droit français sur l'état et la capacité juridique. Le Code prussien notamment porte (introd. § 27) : « Les droits et aptitudes personnels d'un homme s'apprécient d'après les lois de la juridiction du lieu où il a sa véritable résidence (*seinen eigentlichen Wohnsitz*). »

[2] Trib. du Havre, 22 août 1862, S. 72. 2. 313. — Paris, 29 juillet 1872, S. 73. 2. 148. — En ce sens Renault, *Journ du dr. internat.*, 1875, p. 329, 422. Laurent, *Le dr. civ. internat.*, t. II, n° 116.

[3] Pau, 17 janv. 1872, S. 72. 2. 133. — Cass., 5 mai 1875, S. 75. 1. 409: 22 fév. 1882, S. 82. 1. 393. *Sic,* Demangeat sur Fœlix, p. 127, note *a*. Aubry et Rau, t. I, p. 102 et 103.

Digitized by Google

nion plus conforme à la tradition. Il est nécessaire de recourir aux raisons qui avaient fait introduire pour les meubles la maxime *mobilia personam sequuntur*, qui exprimait moins le motif que le résultat d'une règle reçue en pratique. A la vérité cette recherche est assez délicate et les explications des anciens auteurs manquent quelque peu de netteté. Tous attribuent aux meubles une situation fictive qui les relie au domicile et beaucoup ajoutent que les meubles, en tant qu'universalité, sont soumis à la loi personnelle de leur propriétaire. Voilà ce qui aujourd'hui paraîtrait contradictoire, mais au fond le résultat était le même, puisque, à cette époque, le statut personnel dépendait du domicile, et les auteurs, regardant sans doute la question comme dépourvue d'intérêt pratique, jugaient inutile de s'y arrêter [1]. Aussi a-t-on prétendu que, d'accord sur le principe, ils ne l'étaient plus sur le fondement qu'il convenait de lui attribuer [2]. Nous l'avons dit précédemment, dans l'impossibilité de s'attacher à la situation variable, changeante des meubles, les jurisconsultes de l'ancien droit les réputaient fictivement réunis au domicile de leur propriétaire, au centre de ses affaires, « comme des bran« ches qui s'étendent au loin, mais appartiennent toujours au « territoire de leur racine », n'établissant d'autre différence entre les biens immobiliers et mobiliers, sinon que les uns avaient une assiette fixe, réelle, tandis que les seconds n'en avaient qu'une fictive et d'ailleurs fort rationnelle [3]. Quelques passages de d'Argentré et de Bouhier ont pu jeter le doute dans l'esprit des commentateurs modernes [4]; mais Bouhier, lui-même, celui qui a, sans conteste, le mieux exposé la théorie des statuts au dernier siècle, traitant de la dévolution des successions mobilières, recourt précisément au motif que nous avons indiqué pour expliquer comment elle a lieu d'après la loi du domicile. Nous lui cédons la parole : « A l'égard des meubles on est assez d'accord

[1] V. Bouhier sur la Cout. de Bourgogne, c. XXV, n° 4, p. 700, édit. Frantin, Dijon 1787.

[2] Laurent, *Le dr. civ. internat.*, t. VII, n°s 162 et suiv.

[3] Voët, *De statutis*, IV, 2 C. Boullenois, I, p. 223, 224, 938-940.

[4] D'Argentré sur la Cout. de Bretagne, art. 218 glose 6, n° 30, sur l'article 447 glose 2, n°s 3 et suiv. — Bouhier, c. XXV, n°s 1 et suiv.

Digitized by Google

« qu'encore qu'ils se trouvent hors du territoire de la coutume « où le propriétaire était *domicilié*, la disposition ne laisse pas « d'en être réglée par la coutume, non qu'elle ait régulière- « ment pouvoir sur ce qui est hors de son ressort, *mais c'est que « comme les meubles n'ont aucune assiette fixe, on suppose, par « une fiction légale, qu'ils sont tous au domicile de celui à qui ils « appartiennent.* Cela fut jugé ainsi par arrêt de notre parle- « ment donné au rapport de M. Millerot, le 21 mars 1607, pour « la succession de Marie Daudin. Depuis peu la question a été « décidée de la même manière par un arrêt fécond du même « parlement, du 7 avril 1740, au sujet d'un legs de meubles fait « par M. Chaillon à la dame sa femme [1]. Celui de 1607, dont « je viens de parler, excepta néanmoins et avec raison, les meu- « bles destinés au perpétuel et nécessaire usage et commodité « des maisons du défunt, qui étaient situés en Nivernais, car « ces sortes de meubles, par la destination du père de famille, « sont censés attachés au fonds où il a plu de les placer, *perpe- « tuæ moræ causa*, et sont par conséquent régis par la coutume « où ces mêmes fonds sont situés. Tous les auteurs sont d'un « même avis sur ce point, à l'exception de d'Argentré qui ap- « porte à cette règle quelques limitations auxquelles je ne m'ar- « rêterai pas ici [2]. » Voilà bien l'idée qui avait inspiré la doctrine ancienne et rien n'empêche sous l'empire du Code de réputer les meubles situés au domicile et de leur en appliquer la loi. Le plus sûr moyen d'observer fidèlement la tradition n'est-il pas de l'éclaircir à l'aide des motifs qui ont présidé à sa formation? N'est-ce pas risquer de la dénaturer que de l'en isoler, et tout au moins, ne serait-il pas étrange que le Code, maintenant l'ancienne théorie, l'eût séparée de sa base?

25. Jusqu'ici nous avons parlé de domicile sans en préciser la notion et en fixer le sens. D'après les arrêts précédemment cités[3]

[1] *Mercure de France*, janvier 1741, p. 4 cité par Bouhier.

[2] Bouhier sur la Cout. de Bourgogne, c. XXI, n° 172, p. 608, édit. Frantin. Dijon, 1787. Voir encore Pothier, *Introd. générale aux coutumes*, n°s 23 et 24. *Traité des personnes*, 2e partie, § 3.—Merlin, *Répert.* v° *Loi*, § 6, n. 3. v° *Biens*, § 1, n. 12.

[3] *Adde* Bordeaux, 24 mai 1876, S. 77. 2. 109. Toulouse, 22 mai 1880, S. 80. 2. 294.

Digitized by Google

un étranger n'acquiert de domicile légal en France soumettant la dévolution de sa succession mobilière à la loi française, qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement, quelles que soient d'ailleurs les circonstances de son établissement; ils posent en thèse que l'art. 13, C. civ.. subordonne l'acquisition du domicile à cette autorisation. Nous ne saurions suivre les arrêts dans la voie où ils se sont engagés et leur système repose sur une interprétation erronée de l'art. 13, C. civ. Le domicile est au lieu où une personne a fixé le siège de sa demeure et de ses affaires, il suppose deux éléments: l'un de fait, l'autre intentionnel consistant dans la volonté de choisir tel ou tel lieu comme centre d'opérations. Ces deux éléments peuvent se trouver réunis dans la personne de l'étranger comme dans celle du Français, et pourquoi n'aurait-il pas alors un domicile légal sur notre territoire dans le sens de l'article 102, C., civ.? On n'en avait jamais douté avant le Code[1]. L'art. 13, C. civ. qui sert de point de départ à la jurisprudence, n'a nullement à intervenir dans le débat; il se borne à faire à l'étranger une condition favorisée et il n'exige l'autorisation gouvernementale que pour attacher au domicile la jouissance des droits civils réservés aux nationaux. On soutiendrait d'ailleurs difficilement que le droit de transmettre une succession d'après les dispositions de la loi française rentre dans les droits civils qui n'appartiennent à l'étranger que dans les termes des art. 11 et 13, C. civ. L'art. 13, C. civ., implique qu'il y a deux catégories d'étrangers domiciliés en France: les uns par l'effet seul de leur volonté et de leur fixation sur le territoire, les autres en vertu de la permission du gouvernement. Quant à cette autorisation, elle révèlera quelque fois chez celui qui la sollicite l'intention d'acquérir notre nationalité, mais, bien certainement elle ne fournit pas le critérium d'un établissement sérieux, durable, et elle n'en est pas la condition nécessaire. Si la jurisprudence détermine la loi des successions mobilières d'après le domicile du propriétaire, elle devrait logiquement répudier toute distinction entre le domicile de fait et celui dont il est parlé dans l'art. 13, C. civ. Ainsi l'avait

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Domicile*, § 13.

Digitized by Google

jugé la Cour de Pau dont la Cour suprême a condamné l'opinion [1].

26. — Nous n'ajouterons qn'un mot. La loi Brunswikoise, moins généreuse que la loi française, n'attribue pas à l'enfant naturel des droits dans la succession de son père. Par application de l'art. 2 de la loi dn 14 juillet 1819, Mme de Civry, en sa qualité de Française, pourra, sur les biens qui seraient situés en France, prélever une part égale à celle dont elle se trouverait exclue sur les biens sis à l'étranger. Il est, en effet, admis, sauf quelques dissidences, que le prélèvement est autorisé par cette loi au profit des Français, quel que soit le titre de leur exclusion et alors même qu'elle résulterait non point de leur extranéité, mais des dispositions de la loi étrangère applicable même aux nationaux[2].

Au reste aucune de ces questions que nous venons d'examiner au point de vue de la jurisprudence française, n'est présentement soumise aux tribunaux. Les juridictions compétentes n'auront à les résoudre que le jour où la paternité du duc de Brunswick sera judiciairement établie. LOUIS GUÉNÉE.

[1] Pau, 11 mars 1874, S. 75. 1. 409. En ce sens Renault, *Journ. du dr. internat.*, 1875, p. 422 et suiv.

[2] Cass. 18 juillet 1859, S. 59. 1. 822. Aubry et Rau, t. VI, § 592, p. 279. Demante, t. III, n. 33 *bis* II. Demolombe, t. XIII, n° 199. Renault, *Journ. du dr. internat.*, 1876, p. 15 et suiv.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

(Décisions recueillies en 1888).

Par M. Ch. Massigli, agrégé près la faculté de droit de Paris.

TRANSMISSIONS ET ACQUISITIONS A TITRE GRATUIT.

I.

A. — 1° La réduction des droits successoraux d'un enfant naturel (art. 761, C. civ.) peut-elle s'opérer sans son assentiment et par le moyen d'une déclaration postérieure à la donation qui lui a été faite?

2° La clause de réduction est-elle valable si l'enfant naturel n'a reçu du vivant de son père ou de sa mère qu'une portion notablement inférieure à la part héréditaire lui revenant?

B. — La substitution faite par un père naturel au profit des enfants légitimes nés ou à naître de son fils peut-elle valoir d'après l'art. 1048, C. Civ.? (Cour de Paris, 24 juin 1886, Cour de cassation, Chambre civile, 2 mai 1888, S. 1888. 1. 217).

A. — 1° Une disposition exceptionnelle du Code civil, celle de l'art. 761, offre aux père et mère d'un enfant naturel le moyen d'amoindrir directement ses droits successoraux. Toute réclamation sera interdite à l'enfant, lorsqu'il aura reçu, du vivant de son auteur, la moitié de ce qui lui serait attribué dans sa succession, avec déclaration expresse de la part de cet auteur de son intention de réduire les droits de l'enfant à la portion remise.

Dans un arrêt du 31 août 1847 (S. 1847. 1. 785), la Chambre civile a envisagé cette faculté accordée aux père et mère naturels comme une prérogative de puissance paternelle. Ils pourraient en user, sans l'assentiment de l'enfant, par le moyen d'offres validées en justice; — en cas de donation d'abord faite à l'enfant sans condition ni réserves la clause de réduction pourrait être énoncée dans un acte postérieur; elle pourrait notamment prendre place dans un acte testamentaire.

Les auteurs les plus considérables ont protesté contre l'interprétation de la Chambre civile. Ils lui reprochent de fausser le texte de l'art. 761 et de méconnaître aussi son esprit. Le législateur n'a pas entendu favoriser seulement la famille légitime; il a voulu concilier ses intérêts avec ceux de l'enfant naturel. Une

Digitized by Google

jouissance anticipée peut dédommager celui-ci de la diminution de ses droits futurs; mais il lui appartient d'en juger : la réduction de ses droits ne peut être réalisée que par une déclaration jointe à une donation librement acceptée.

Les Cours d'appel, de leur côté, n'ont pas toutes accepté sans réserves la doctrine de la Cour suprême. La Cour de Paris affirme bien « qu'en usant de la faculté qui lui est accordée, le père naturel fait acte de puissance paternelle, que son droit serait illusoire s'il dépendait de l'enfant d'en paralyser l'exercice par son refus »; mais elle ajoute aussitôt que le texte de l'article 761 exige la concomitance de la déclaration de réduction et de la libéralité. Ce n'est qu'un tempérament. Il ne fait pas que la solution ne demeure, dans son principe, peu soucieuse des droits de l'enfant naturel. Mais il a déjà ses avantages; il empêche qu'une libéralité du père ou de la mère ne devienne un véritable piège où l'enfant naturel ne tomberait peut-être pas seul. C'est souvent en vue de son établissement que cette libéralité lui sera faite; à cet instant d'autres que lui ont besoin d'être assurés contre toute surprise.

Il aurait été intéressant de connaître le sentiment actuel de la Chambre civile. Elle a pu se dispenser de l'exprimer. L'approbation donnée à la décision de la Cour d'appel sur d'autres points qui emportaient la solution du procès ne laissait qu'un intérêt secondaire à notre question, et la Chambre n'en a pas délibéré. Nous hésitons à croire que la jurisprudence de 1847 soit définitive, et nous attendons une décision moins rigoureuse pour l'enfant naturel. Il est permis, ce semble, de l'espérer de l'esprit qui a inspiré les solutions auxquelles nous arrivons.

— 2° La donation, mieux vaudrait dire, dans le système de l'arrêt de 1847, l'attribution de biens faite à l'enfant naturel dont on entend réduire les droits, doit être d'une valeur égale à la moitié de la part à laquelle il aurait pu prétendre dans la succession de son auteur. Si cette moitié n'est pas atteinte, dit le second alinéa de l'art. 761, l'enfant ne peut réclamer que le supplément nécessaire pour la compléter.

Faut-il conclure de cette disposition que la clause de réduction serait efficace, et qu'une action en complément serait seule

Digitized by Google

ouverte à l'enfant naturel, même dans le cas où il n'aurait reçu qu'une fraction très inférieure à la moitié dont il n'est pas permis de le priver? Très peu d'auteurs ont prévu la question. Les recueils ne portent pas trace qu'elle eût été jusqu'ici soumise à la justice.

Le texte de la loi, il faut en convenir, se présente sous une forme restrictive qui semblerait exclure toute autre action que l'action en supplément. C'est en faveur de cette doctrine que M. l'avocat général Desjardins s'est prononcé devant la Chambre civile.

La Cour a consacré la solution contraire déjà admise par le Tribunal et par la Cour d'appel.

Les magistrats de la Cour d'appel avaient essayé de répondre à l'argument littéral en s'attachant eux-mêmes au texte. Le mot supplément ne s'entend guère d'une portion plus considérable que la partie déjà existante d'une chose ou d'une valeur; l'emploi de cette expression dans la loi « écarte l'idée que ce que l'enfant a le droit de réclamer puisse dépasser en importance les dons reçus du vivant de son auteur. »

Ils invoquaient en outre une autre raison, d'un ordre plus élevé et d'une portée plus large. C'est celle qui a passé dans l'arrêt de la Chambre civile. En concédant au père de famille la faculté de réduction inscrite dans l'art. 761, « le législateur a voulu lui donner la possibilité de prévenir les conflits que pourrait amener, lors du règlement de la succession, le concours de l'enfant naturel avec les héritiers légitimes. » Mais il a eu aussi la pensée, les travaux préparatoires en font foi, que l'enfant naturel « trouverait dans la remise anticipée de la moitié de sa part successorale une compensation à la réduction qui lui serait imposée ». Cette compensation n'existe plus s'il ne reçoit du vivant de son auteur qu'une part très inférieure à la moitié de la valeur de ses droits, le vœu de la loi n'est plus rempli, et son esprit serait faussé si, dans de telles conditions, la clause de réduction produisait son effet.

Il y a toutefois une objection qui devait se produire. En dehors de l'observation rigoureuse du texte de l'art. 761 il n'y a plus que l'arbitraire. Quel est le point où la portion remise à l'enfant

Digitized by Google

commencera à devenir « notablement inférieure » à la moitié de la part qu'il aurait eue dans la succession? Comment déterminer les cas dans lesquels il n'aura droit qu'au complément de cette moitié, et ceux dans lesquels il pourra discuter la validité de la déclaration de réduction?

Il ne nous paraît pas que l'objection soit décisive. Il est impossible de fixer une limite précise, et il faut s'en rapporter à l'appréciation des juges, cela n'est pas douteux; mais si c'est une des conditions de l'application de l'art. 761, que le montant de la libéralité se rapproche d'une certaine quotité, il en doit être de cette condition comme de toutes les autres et il doit appartenir aux juges du fond de rechercher si elle se trouve remplie. Le seul point à décider est donc celui-ci : quel est l'esprit de l'art. 761? le législateur a-t-il entendu qu'une avance « même dérisoire et sans bonne foi » suffirait à constituer le prix de la renonciation déjà exceptionnelle en soi (art. 791, C. civ.) que l'enfant naturel fait à une partie de ses droits?

Nous estimons que la chambre civile a adopté la solution la plus exacte et la plus conforme à l'équité.

B. — La même affaire présentait une autre difficulté. Celle-ci nous transporte dans la matière des substitutions permises.

Un chef de famille a le droit, suivant l'art. 1048, C. civ., de grever d'une charge de conserver et de rendre, au profit des descendants légitimes au premier degré du gratifié, les biens compris dans une libéralité qu'il fait à l'un de ses enfants sur sa quotité disponible. Cette substitution est-elle également permise si la libéralité s'adresse à l'enfant naturel du disposant?

Les motifs qui ont porté le législateur à déroger à la grande règle de l'art. 896 C. civ., en faveur des substitutions officieuses, comme on les appelle quelquefois, conduisent à l'assimilation de nos deux hypothèses. Qu'une famille légitime (la question ne peut se poser que si les descendants de l'enfant naturel ont la qualité de descendants légitimes), soit fondée par un enfant naturel ou par un enfant légitime, il n'importe pas moins à la société qu'elle soit préservée contre les suites de l'esprit d'imprévoyance et de dissipation, contre la déchéance et la misère, et le souci que montrera le père de l'en préserver ne sera pas

Digitized by Google

moins conforme au devoir naturel ni moins digne de recevoir satisfaction. Rien n'indique que la loi en ait jugé autrement et que le père naturel n'ait pas le droit de prendre lui-même une précaution qui est considérée comme sage et utile, lorsqu'elle vient d'un père légitime. L'art. 1048 est conçu dans les termes les plus larges; la charge de conserver et de rendre peut être imposée aux *enfants* : l'enfant naturel reconnu a évidemment le titre d'enfant et ses descendants légitimes ne sont pas sans pouvoir être considérés légalement comme les petits-enfants de son auteur (arg. art. 759 C. civ.)

Cette solution donnée par la Chambre civile, et avant elle par la Cour de Paris dans un arrêt du 27 avril 1868 (S. 1868. 2. 173), qui est le seul précédent judiciaire, est pourtant contestée, et sur ce point encore les conclusions de M. l'avocat général Desjardins ont été contraires.

Il est d'abord une objection de principe, dont l'éminent magistrat a emprunté la première idée à M. Demolombe (*Donations et testaments*, t. V, n° 512). « C'est la loi elle-même qui transmet sa part héréditaire à l'enfant naturel. Il n'appartient pas aux père et mère de la modifier. Ceux-ci ne peuvent pas laisser moins à l'enfant naturel (sauf dans l'hypothèse exceptionnelle prévue par l'art. 761); ils entameraient sa réserve. Il ne peuvent pas lui laisser plus (si ce n'est au cas où les père et mère ne laissent pas de parents au degré successible); ils entameraient les droits de la famille légitime (art. 908, C. civ.). Cela posé, comment le donateur pourrait-il substituer? D'une part, le Code civil ne laisse pas aux volontés privées la faculté de modifier un ordre successoral qui dérive entièrement de la loi; d'autre part, la matière de la substitution fait défaut, puisque cette substitution ne peut porter que sur une quotité disponible (art. 1048, C. Civ.). »

Il y a ici, croyons-nous, une exagération. De ce que le droit héréditaire de l'enfant naturel est déterminé souverainement par la loi sans qu'il soit permis au père ou à la mère de le modifier, du moins pour l'augmenter, il ne résulte pas que ce droit ait une puissance particulière et qu'il présente nécessairement, dans son entier, ce caractère propre à la réserve d'échapper à toute

Digitized by Google

atteinte, à toute restriction ou réglementation venant du *de cujus*. Il y a une réserve en faveur de l'enfant naturel; il y a par cela même une portion de sa part héréditaire qui forme une quotité disponible.

Les substitutions, dit-on encore, sont prohibées en principe; elles sont prohibées par des motifs dont quelques-uns s'appliquent même aux substitutions permises. La conséquence est qu'il faut interpréter les textes dans un sens restrictif et, dans le doute, exclure le droit de substituer. — L'observation est juste, mais encore faut-il laisser aux textes la portée qui ressort de leurs termes : nous n'étendons pas cette portée en comprenant l'enfant naturel parmi les enfants du disposant.

Une dernière objection est présentée : elle se fonde sur l'esprit général de la loi. Entre la famille légitime et la famille naturelle, l'antithèse est presque constante dans le Code. En matière de droit successoral notamment, la famille naturelle a bien moins de droits que la famille légitime; — le titre n'est pas le même : les parents légitimes sont héritiers, les parents naturels ne sont que des successeurs irréguliers; — les uns ont la saisine, les autres ne l'ont pas (art. 756, 724, C. civ.); — comment admettre un traitement égal en ce qui concerne le bénéfice exorbitant des substitutions?

Le raisonnement serait bon s'il s'agissait vraiment d'un bénéfice et d'un bénéfice conféré à la famille naturelle. Mais la substitution dont nous nous occupons ne peut être considérée comme ayant ce caractère. Ce n'est pas un bénéfice, un privilège : la loi n'y a vu qu'un moyen pour le chef de famille de remplir le devoir naturel qui le lie à ses descendants. La substitution officieuse, on l'a très bien dit, procède de la même pensée que l'obligation alimentaire et la réserve. Et de qui l'intérêt est-il ici en jeu? Est-ce celui de la famille naturelle? Nullement : c'est en réalité celui d'une famille légitime, d'une famille légitime née, il est vrai, dans la famille naturelle, mais qui va la replacer dans la règle normale de la société. C'est elle qui est menacée si l'on refuse à l'aïeul le droit de substitution, et c'est l'enfant naturel qui y gagne : il aura la liberté du gaspillage, le droit absolu de ruiner ses enfants.

Digitized by Google

II.

Le bénéficiaire d'une institution contractuelle venant au partage d'une succession dont il se trouve débiteur est-il tenu de subir l'imputation de sa dette envers la succession sur la libéralité à laquelle il a droit? (Chambre civile. 9 février 1887. S. 1888. 1. 5).

Le survivant de deux conjoints a été institué, par contrat de mariage, donataire de l'usufruit de moitié des biens du prédécédé. Appelé, au décès de sa femme, à recueillir le bénéfice de cette convention, mais chargé de dettes et ne voyant aucun avantage à se faire attribuer un usufruit dont l'émolument lui échappera vraisemblablement pour ne profiter qu'à ses créanciers, le mari prend le parti de renoncer. Ses créanciers allèguent la fraude, font annuler la renonciation et se présentent pour faire valoir les droits de leur débiteur. Mais il se trouve que le mari doit à la succession de sa femme des sommes considérables à titre de reprises : ses créanciers peuvent-ils prétendre, en son nom, à l'usufruit dont il a été gratifié, sans faire compte d'abord à la succession du montant des sommes dont elle est elle-même créancière?

Dégagée des particularités de l'espèce qui accentuent le conflit entre les créanciers du donataire et ses coïntéressés dans l'hérédité, mais n'offrent aucune importance au point de vue de la solution à appliquer, la question est celle de savoir si un donataire de biens à venir, venant au partage d'une succession dont il est débiteur, peut exiger la part qu'il est appelé à recueillir avant de s'être libéré de sa dette, ou s'il est permis à ses copartageants de se payer par voie d'imputation ou de prélèvement, et de se payer par ce procédé, même au détriment d'autres créanciers de ce donataire?

Nous nous engageons sur un terrain qui est manifestement celui de l'art. 829, C. civ. C'est la règle du « rapport des dettes », entendue d'ailleurs avec une signification et une portée qui demandent à être soigneusement examinées, que la solution favorable aux copartageants créanciers introduirait dans le partage de la succession pour l'appliquer à un ayant-droit qui n'est pas un héritier appelé par la loi.

Mais, par cela même, la difficulté s'élargit.

Digitized by Google

La succession déférée par la volonté de l'homme n'a de commun avec la succession *ab intestat*, au point de vue de l'exercice du droit de prélèvement entre copartageants, que l'existence d'une masse indivise à partager. Le rapport des libéralités n'y étant pas dû, le rapport des dettes n'y peut apparaître que comme une institution parfaitement distincte, tendant à procurer aux copartageants la satisfaction immédiate de leurs droits et à assurer l'égalité de fait dans le partage, en d'autres termes, comme une règle de liquidation susceptible de s'appliquer dans le partage de toute masse indivise.

La Chambre civile l'a très bien compris et c'est bien avec ce caractère qu'elle nous présente le droit de prélèvement. « Le rapprochement de l'art. 829 avec le paragraphe final de l'article qui précède immédiatement et avec l'art. 1872, établit que la disposition dont il s'agit n'est que l'application d'un principe d'après lequel préalablement à la formation de la masse commune à partager, il doit être procédé au règlement de la situation de chacun des copartageants et au compte de ce qu'ils peuvent réciproquement devoir à la masse..... Une règle générale de droit et d'équité, qui s'impose à tous les prétendants droit à une fraction d'une masse commune, veut que, pour empêcher qu'aucun d'eux ne prenne plus que la part qui doit lui revenir, s'il arrive qu'un des copartageants ait déjà entre les mains une portion de la masse, il soit tenu de l'y remettre, pour que le tout soit partagé, et que, si ce rapport en nature est impossible, les autres communistes soient fondés à imputer sur la part qui lui revient la portion qu'il détient ou à prélever une portion égale sur les biens composant la masse. »

Ce n'est pas la première fois que la Chambre civile émet cette doctrine. Elle l'avait déjà formulée, dans des termes non moins précis, dans un arrêt antérieur en date du 8 février 1882, (S. 1882. 1. 224), rendu à l'occasion d'un partage de société. La tradition lui venait ici en aide, car Pothier est explicite dans son *Traité du contrat de société* (n° 167).

La Chambre civile, il est essentiel de le remarquer, ne fait pas de différence entre les dettes qui peuvent exister à la charge d'un des communistes au profit de la masse à raison de l'indivi-

Digitized by Google

sion elle-même, et celles qui ont une autre origine. Dans sa doctrine, le bénéficiaire d'une institution contractuelle débiteur du défunt doit subir le prélèvement, comme le subirait le cohéritier qui se serait approprié le revenu des valeurs indivises, ou l'associé qui aurait puisé dans la caisse sociale une somme qu'il aurait employée à ses affaires personnelles.

Elle ne fait pas non plus de différence, notre arrêt le prouve, entre le cas où le droit de prélèvement n'est prétendu qu'entre les seuls copartageants et le cas où il est invoqué contre les créanciers personnels du copartageant débiteur. La solution reste la même dans les deux hypothèses : l'insolvabilité même du copartageant débiteur ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de prélèvement : les copartageants créanciers sont placés en dehors et au dessus de la loi du concours.

Ainsi, la règle de liquidation que l'art. 829 du Code civil applique au partage des successions *ab intestat* sous le nom de rapport des dettes est une règle générale qui peut trouver sa place dans le partage de toute masse indivise ; — le communiste débiteur de la masse doit subir le prélèvement ou l'imputation, à due concurrence, encore que sa dette n'ait pas son origine dans l'indivision et lui soit antérieure ; — le droit à l'imputation ou au prélèvement peut être exercé par les copartageants créanciers malgré l'opposition et au détriment des autres créanciers du copartageant débiteur ; — telles sont les vues que la décision de la Chambre civile nous présente sur le rapport des dettes.

Il est intéressant de rechercher en quoi elles se rapprochent ou s'éloignent des conceptions qui se sont produites dans la doctrine.

Qu'au moment du partage d'une masse indivise quelconque, un paiement par voie d'imputation ou de prélèvement puisse être imposé par ses coïntéressés, à défaut de paiement effectif, à celui des communistes qui se trouve débiteur de la masse, ceci peut être considéré comme admis aujourd'hui si l'on s'en tient à l'hypothèse où la dette a sa source dans l'indivision elle-même et si l'on n'envisage le droit de prélèvement que dans les rapports des copartageants seuls. L'art. 1872 fournit un argument décisif pour le cas de partage d'une société, et il n'y a pas

Digitized by Google

plus de doute à concevoir pour le cas de communauté conjugale. « Faute par l'époux débiteur, disent MM. Aubry et Rau (t. V, § 511, p. 370) de verser à la masse commune le montant des récompenses ou indemnités dont il est tenu, il y a lieu de sa part à un rapport en moins prenant. » Cpr. Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 1017).

Mais la doctrine de la Cour de cassation se heurte à des opinions divergentes : 1°, en tant qu'elle autorise tous communistes et spécialement les copartageants du bénéficiaire d'une institution contractuelle à invoquer le droit de prélèvement à raison d'une dette qui n'a point son origine dans l'indivision; 2°, en tant qu'elle fait produire au droit de prélèvement un effet de privilège vis-à-vis des autres créanciers du copartageant débiteur.

Le prélèvement comme mode de paiement d'une dette qui n'a point sa source dans l'indivision elle-même, d'une dette existant envers le *de cujus* à la charge d'un des ayant-droit à sa succession, car il faut ici songer surtout à une hérédité, la doctrine qui compte jusqu'à ce jour le plus de partisans l'admet entre copartageants ayant la qualité d'héritiers légitimes. Ce n'est pas qu'on ne fasse des distinctions : elles sont tirées soit de la nature de la dette, soit de ses modalités, quelquefois d'autres circonstances encore : nous ne saurions entrer ici dans le détail. Au-dessus des dissentiments partiels plane l'idée d'une relation plus ou moins étroite entre le rapport des dettes et le rapport des dons, et l'on aperçoit aussitôt la conséquence : le rapport des dettes se restreint à l'hypothèse d'une succession dévolue à des héritiers légitimes; contre des successeurs testamentaires, contre un donataire de biens à venir il n'existe pas de droit de prélèvement; une dation en paiement librement consentie peut seule intervenir selon le droit commun.

Mais il faut signaler un autre courant d'idées.

L'égalité de fait est désirable dans le partage. Elle suppose la satisfaction des droits qui appartiennent à chacun des copartageants et par cela même la liquidation immédiate des obligations que le fait générateur de l'indivision a établies entre eux. Le prélèvement facilite cette liquidation; voilà pourquoi la loi l'autorise entre cohéritiers. Mais cette qualité de cohéritiers n'est

Digitized by Google

pas une condition *sine qua non*; l'égalité offre autant d'avantages dans le partage d'une succession déférée par la volonté de l'homme que dans le partage d'une succession déférée par la loi; le prélèvement doit donc y être admis.

C'est la thèse, en ce point conforme à celle de notre arrêt, que M. Deschamps soutient dans sa remarquable étude sur le « *Rapport des Dettes.* » La donnée essentielle de la théorie se trouvait dans les *Principes de Droit civil* de M. Laurent (t. X, n°s 635 et s.); M. Deschamps l'a développée avec beaucoup de force.

Il faut noter un point qui a son importance. Le prélèvement, dans la doctrine qui vient d'être indiquée, n'est pas autre chose qu'une « prise en paiement »; il n'est possible que si le paiement lui-même peut être demandé; il suppose par conséquent une dette actuellement exigible. Est-ce aussi la pensée de la Cour suprême? Nous l'ignorons; l'arrêt actuel n'est pas explicite à cet égard. Tout ce que nous pouvons constater c'est qu'en fait la dette était exigible dans l'espèce sur laquelle il a statué.

Nous arrivons à la question la plus délicate. Le prélèvement peut-il être exercé par les copartageants créanciers, malgré l'opposition des autres créanciers de leur débiteur?

La décision de la chambre civile rencontre ici des contradicteurs, même parmi les auteurs qui professent une doctrine semblable à la sienne sur le point précédent.

Il y a une solution qui est diamétralement contraire. Il y a aussi des solutions intermédiaires.

A la thèse absolue de la chambre civile s'oppose d'abord la thèse absolue en sens inverse de M. Laurent et de M. Deschamps qui tous deux s'élèvent très énergiquement contre la concession d'un droit de préférence aux copartageants créanciers, et qui la combattent également, soit qu'il s'agisse de dettes déjà existantes au décès du *de cujus*, soit qu'il s'agisse de dettes nées de l'indivision elle-même. Quelque utilité qu'il y ait à assurer l'égalité de fait, elle ne doit pas être réalisée, disent-ils, au détriment des droits des tiers. Les copartageants ne sont eux-mêmes que des créanciers; à défaut de texte spécial leur conférant un privilège, la règle générale de l'art. 2093, C. civ., la règle du concours égal doit être observée.

Digitized by Google

Nous ne croyons pas à l'exactitude de ce système rigoureusement absolu. Nous faisons des réserves relativement aux dettes antérieures à l'ouverture de la succession, mais nous pensons que le prélèvement avec effet de préférence doit être admis à l'occasion des dettes provenant de l'indivision.

Cela est équitable et juridique à la fois. C'est en effet envers la masse indivise plus qu'envers les copartageants que la dette existe dans la réalité des choses, et, par cela même qu'il ne se libère pas en nature, celui des coïntéressés qui est débiteur se remplit d'une portion de ses droits. Cela étant, le prélèvement exercé par les autres a pour but de rétablir l'équilibre; il est exercé par eux à titre de copropriétaires; les créanciers n'y sauraient mettre obstacle. L'arrêt précité de 1882 est conçu dans ce sens et nous l'approuvons.

Maintenant, que décider au sujet des dettes déjà existantes au moment de l'ouverture de la succession?

Il y aurait matière à de longues observations sur le cas spécial de dévolution à des héritiers légitimes. Est-il ou non conforme aux traditions de notre ancienne jurisprudence d'admettre dans cette hypothèse un rapport des dettes dont les règles seraient sensiblement les mêmes que celles du rapport des libéralités et qui comporterait par suite un droit de prélèvement opposable aux créanciers du cohéritier débiteur? Ce droit de prélèvement ne recevra-t-il son application, comme l'enseigne M. Labbé (*Revue pratique*, 1859, et *Annotation Sir.*, 1888. 1. 5 et s.), que si la dette du successible présente un tel caractère qu'on y puisse reconnaître une sorte d'avance sur la succession; lui donnera-t-on une portée plus large? Nous n'avons pas à aborder ces points. Constatons seulement que selon la direction que l'on croira devoir suivre, on pourra rencontrer un droit de prélèvement d'une application plus ou moins étendue, fondé sur d'autres bases que le droit de prélèvement à raison de dettes provenant de l'indivision, mais impliquant comme celui-ci un droit de préférence.

Reste donc à régler le cas où le copartageant débiteur est un successeur appelé par la seule volonté du *de cujus*.

Les principes généraux doivent nous dicter la solution. Conduisent-ils au droit de préférence? Nous ne le pensons pas.

Digitized by Google

Sur quelle raison se fonde l'arrêt de 1887 pour décider le contraire? — Sur l'idée que les créanciers du copartageant débiteur n'ont pas plus de droits que lui. Nous nous en inspirions nous-même un peu plus haut quand nous nous occupions des dettes nées de l'indivision; mais nous lui avons fait sa part. Dans la situation actuelle la créance du *de cujus* s'est divisée de plein droit entre ses successeurs qui réunissent une double qualité, celle de créanciers et celle de copropriétaires de la masse indivise. S'ils peuvent, soit par dation en paiement, soit par un prélèvement, en supposant que le procédé soit applicable dans leurs rapports respectifs, se faire payer sur la part de leur coïntéressé avant que des droits de créance semblables aux leurs se soient révélés pour y faire opposition, tout est bien; mais dans le cas contraire comment échapperaient-ils à la règle d'égalité de l'art. 2093? M. Laurent a raison de le dire ici, « le droit de copropriété n'est pas en cause ».

III.

Une donation d'immeubles faite au mari par contrat de mariage impose-t-elle virtuellement au donateur, au profit de la femme, une obligation de garantie susceptible d'être invoquée dans le cas où, par son fait personnel, il mettrait obstacle aux effets de l'hypothèque légale sur les immeubles donnés (Cour de Dijon, 11 février 1887, S. 1887, 2. 86).

Une donation d'immeubles a été faite à un mari dans son contrat de mariage. La transcription a été omise. Un créancier du donateur obtient de lui une hypothèque sur tous les immeubles qu'il possède dans la commune. Le créancier se prévaut de son hypothèque sur les biens compris dans la donation, il l'oppose à la femme du donateur et l'empêche d'obtenir une collocation en rang utile pour le montant de ses reprises dotales. La femme prétend exercer contre le donateur une action en dommages-intérêts, une véritable action en garantie de son fait personnel : elle déclare agir non pas en vertu de l'art. 1166, C. civ. et comme exerçant les droits de son mari son débiteur, car celui-ci est en faillite et elle entend s'assurer le profit exclusif de ses recours, mais en vertu d'un droit personnel et direct.

La Cour de Dijon accueille cette action. Elle déduit sa solution

Digitized by Google

du caractère particulier qu'impriment aux donations par contrat de mariage leur destination et les obligations spéciales qu'elles imposent à ceux qui les font (art. 1440, 1547, 1548, C. civ.). La Cour répète à cette occasion les formules quelque peu singulières de certains arrêts de la Cour suprême, notamment de l'arrêt de la chambre civile en date du 18 janvier 1887, (S. 1887, 1. 97), « les donations par contrat de mariage sont des actes à titre onéreux », « la donation faite au mari comme la dot constituée à la femme est un contrat à titre onéreux à l'égard de chacun des époux. »

Ces formes de langage ne s'étaient guère produites jusqu'ici que dans les discussions relatives aux droits des créanciers du constituant et aux conditions d'exercice de l'action Paulienne; l'arrêt précité de 1887 les avait employées pour arriver à cette solution très contestable que « quel que soit l'époux bénéficiaire direct de la donation, cette donation ne peut être annulée, sur la demande des créanciers, qu'autant qu'il est prouvé qu'un concert frauduleux a existé entre toutes les parties intéressées, c'est-à-dire entre le donateur et les deux époux ». La Cour de Dijon aurait pu se dispenser de les reprendre : il suffit de dire « que les constitutions dotales peuvent être considérées comme participant de la nature des actes à titre onéreux ». C'est la formule d'un autre arrêt de la Cour de cassation, (Req. 14 déc. 1885, S. 1886. 1. 481); elle est bien plus exacte.

Quoi qu'il en soit des termes, voyons la décision.

L'idée première dont elle procède est que la femme a le droit de compter sur les biens donnés à son mari par contrat de mariage pour la garantie de sa dot. Il est permis de dire que c'est là l'esprit de la loi. Nous en avons une preuve non équivoque dans la disposition finale de l'article 952, C. civ., déclarant que, malgré l'ouverture d'un droit de retour conventionnel, l'hypothèque légale de la femme continue d'affecter, au moins subsidiairement, pour sûreté de la dot et des conventions matrimoniales, les immeubles donnés au mari dans son contrat de mariage.

Mais il y a assez loin de là à l'action directe en réparation du préjudice causé par l'éviction des biens, selon les données de

Digitized by Google

notre arrêt. La donation comme telle n'établit aucun lien de droit entre le donateur et la femme du donataire, comment peut-elle engendrer une obligation directe de garantie au profit de la femme, à la charge du donateur?

La réponse fournie par notre arrêt est que le contrat intervenu engendre cette obligation comme convention à titre onéreux. La donation ne doit pas être isolée de l'ensemble du contrat de mariage. Un pacte se conclut qui tend à assurer les moyens d'existence de la famille qui va se fonder et l'accomplissement des obligations qui vont peser sur l'un et sur l'autre des conjoints; le donateur y intervient par une libéralité qui répond à l'objet du contrat et qui est de telle nature que la femme peut considérer les biens donnés comme la garantie éventuelle de ses droits, comme une sûreté contre les risques qu'elle assume au point de vue de ses intérêts pécuniaires; ne se forme-t-il pas ainsi un lien virtuel, mais certain, entre toutes les parties intéressées au contrat? n'est-il pas conforme à l'intention commune de dire que le donateur a pris l'engagement virtuel de s'abstenir de tout acte personnel qui pourrait mettre obstacle à l'hypothèque légale, et que par conséquent la femme a une action directe et personnelle en dommages-intérêts quand le donateur lui a fait perdre, par un acte personnel, le bénéfice de cette hypothèque?

Le raisonnement ne manque pas de hardiesse; mais nous ne le repoussons pas. CH. MASSIGLI.

ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

DE LA CAPACITÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ,

Par M. F. SURVILLE, agrégé près la Faculté de droit de Poitiers.

Déterminer la loi qui fixe la capacité de chacun, et le principe une fois posé, rechercher s'il comporte ou non des limitations, tel va être le sujet de cette étude. Nous allons nous y placer tour à tour au point de vue historique et dans le droit moderne.

CHAPITRE PREMIER.

Historique.

Je ne dirai qu'un mot de la doctrine des Postglossa-

Digitized by Google

teurs [1]. Aux XIIe, XIIIe et XIVe siècles et déjà dès le XIe, en Italie, les villes de la Lombardie ayant chacune leurs statuts locaux distincts s'étaient affranchies de la féodalité et s'adonnaient au commerce. Elles se virent par suite en relations fréquentes, et sentirent que la limitation de chaque loi au territoire était nuisible à leurs intérêts commerciaux. Les Postglossateurs comprirent qu'il était utile au développement normal de ces intérêts que certains de leurs statuts conservassent au dehors leur autorité sur les personnes pour lesquelles ils avaient étaient faits. Ils s'accordèrent notamment à décider qu'il en devait être ainsi des lois de capacité. Bartole se demande par exemple si un fils de famille, appartenant à un pays où le droit de tester lui est dénié, va se trouver capable dans une contrée où ce droit est reconnu aux fils de famille. Voici comment il s'exprime : « Sed circa hoc dubitatur « quod si statutum disponit circa personam, ut quod *filiusfami-* « *lias* facere testamentum, forensis filiusfamilias in illa civitate « testatur an valeat. Dico quod non, quia statuta non possunt « legitimare personam sibi non subditam [2]. »

Aux XIIe et XIIIe siècles, la France était dans un état social bien différent de celui de l'Italie. La condition des personnes y est subordonnée à la condition même de la terre. C'est ainsi que la majorité féodale n'y est pas fixée, comme cela eût été rationnel, par la coutume personnelle du vassal, mais bien par celle du lieu où le fief est situé, de telle sorte qu'il pouvait arriver que le même vassal portant foi et hommage au même seigneur à l'occasion de deux fiefs, situés dans deux seigneuries différentes, fût ici majeur à 18 ans, là à 14 ans. C'est donc la loi qui régit la terre qui s'impose à la personne. « Toutes les coutumes sont réelles. » L'homme devient l'homme de la terre, il en est l'accessoire.

Quand le régime d'isolement qui dut être presque absolu à l'époque où la féodalité était à son apogée et où le droit d'aubaine sévissait dans toute sa rigueur, cessa peu à peu, et que les hommes des diverses circonscriptions territoriales purent entrer

[1] Lainé : *Journal du droit international privé*, 1886, p. 154 et suiv., et *Introduction au Droit international privé*, t. I, p. 93 et suiv.

[2] Bartole *in lege justinianæi Codicis* : *Cunctos Populos*, n°s 25 et 26, V. également n°s 14, 16, 22, 24. — Édit. Lyon 1547.

Digitized by Google

en relations d'affaires les uns avec les autres, la réalité des coutumes se vit attaquée. Quelques-uns de nos vieux juristes tels que Guillaume Durant, Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche au XIIIe siècle, et Jean Fabre au XIVe commencent à s'inquiéter du réglement des conflits de coutumes [1], mais il faut attendre jusqu'au XVIe siècle pour voir Dumoulin édifier toute une théorie destinée à les résoudre. En face de la toute-puissance de la propriété foncière le grand jurisconsulte voulant la combattre, et soustraire l'homme à la terre dont il est l'accessoire, pose la règle suivante : « Si statutum agit in rem reale, si in personam personale sit [2]. » Au nombre et au premier rang des lois ayant pour objet la personne, figure le statut de capacité.

Y a-t-il lieu de faire une distinction, au point de vue de leur nature, entre la loi qui édicte une incapacité, et celle qui tout au contraire relève d'une incapacité? S'il est évidemment logique de n'en pas faire, il est malaisé de préciser à ce point de vue la doctrine de Dumoulin. Après avoir dit en effet que si le statut « *agit in* personam non includit exteros, sive habilitet sive inha- « lilitet personam, » il fait l'application de la règle à un statut qui ordonne « quod contractus facti per minorem viginti quinque « annis, non valeant sine consensu suorum propinquorum et « auctoritate judicis, » et il décide que ce statut « non intelligi- « tur nisi de subditis suæ jurisdictionis. » D'où il conclut que : « minor dicti loci non poterit etiam extra locum prædia in eo ter- « ritorio sita locare sine dicta solemnitate, » ce qui n'a rien que de conforme à son principe ; mais il ajoute : « sed bene extra « locum prædia alibi sita. » Voilà donc qu'un mineur de 25 ans, qui d'après sa coutume personnelle, ne peut contracter qu'avec l'assentiment de ses proches et l'autorisation du juge, va se trouver pleinement capable de traiter relativement à des biens, qui, lui appartenant, sont situés sur le territoire d'une coutume

[1] Lainé : *Le Droit international privé en France dans ses rapports avec la thorie des statuts*, *Journal du Droit international privé*, 1887, p. 21 et suiv., et *Introd. au Droit international privé*, du même auteur, t. I, p. 118 et suiv.

[2] M. Lainé apprécie différemment la doctrine de Dumoulin. V. *Introd. au Droit international privé*, t. I, p. 223 et suiv.

Digitized by Google

où la capacité du mineur ne subit pas les mêmes limitations. Et Dumoulin admet d'autre part que le mineur capable d'accomplir par lui-même certains actes d'après sa coutume personnelle peut valablement les passer alors même qu'ils seraient relatifs à des biens situés sur le territoire d'une coutume où des autorisations lui seraient nécessaires en supposant que cette coutume fût sa loi personnelle [1]. Si cette dernière solution est une conséquence naturelle du principe qui veut que la capacité soit réglée d'après la loi personnelle, il est incontestable que la première ne paraît guère devoir se concilier avec elle. Voici quel est à mes yeux le motif qui les explique sans qu'il soit entré dans l'esprit de Dumoulin de faire de la loi qui édicte une incapacité une loi réelle par son objet. Le jurisconsulte du XVIe siècle, tout en envisageant l'objet des lois pour les classer en réelles ou personnelles, me paraît avoir été influencé ici par la doctrine de ceux des Postglossateurs [2], qui en se plaçant au point de vue de leur étendue d'application dans les limites d'un territoire ou au delà, distinguaient volontiers les statuts en réels ou personnels suivant qu'ils étaient défavorables ou favorables aux intérêts de la personne. Or si le statut qui crée une incapacité a pour objet la personne, il est incontestable, puisqu'il est restrictif, qu'il est défavorable [3]. Il ne faut donc pas lui faire produire effet en dehors du territoire régi par la coutume personnelle de l'incapable. Tout au contraire, le statut qui relève d'une incapacité, étant tout à la fois personnel par son objet et favorable, doit pouvoir développer ses effets partout au profit de celui qui peut s'en prévaloir. Voilà qui me paraît éclairer les solutions, qui semblent contradictoires au premier abord, émises par Dumoulin, et donner l'explication de la fin du texte que j'ai présenté ci-dessus. On y peut lire que le statut qui prononce une incapacité ne doit pas être étendu : « Quia in quantum agit in personam

[1] *Molinæi opera*, t. III, p. 556, *Comn. in Cod. de summa trinitate.*

[2] Lainé, *Journal du Droit international privé*, 1886, p. 148. Comp. son *Introduction au Droit international privé*, t. I, p. 223 et suiv., spécialement p. 240 et suiv.

[3] D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218, glose 6, n°s 7 et 8, p. 660, 661 et 662. Edit. de 1608.

Digitized by Google

« restringitur ad suos subditos, et in quantum agit in res restrin-
« gitur ad sitas intra suum terrritorium. Exterus autem minor
« annis poterit etiam de sitis intra locum statuti dicti, etiam
« intra locum illum disponere. » En d'autres termes et en un mot Dumoulin, tout en considérant comme personnels les statuts qu fixent la capacité et l'incapacité, ne se montre enclin à étendre au dehors du territoire où ils sont en vigueur que ceux qui favorisent le développement de l'activité humaine.

Quoi qu'il en soit, et sans répudier d'une manière absolue le principe de personnalité, le jurisconsulte breton d'Argentré, réaliste convaincu, essaie d'en limiter le plus possible la portée pratique. S'agissant de la capacité des personnes, voici ce qu'il soutient. Pour lui le statut personnel ne doit trouver d'application en matière de capacité que sous certaines conditions. Celles-là seules parmi les lois de capacité doivent être personnelles qui regardent la personne « *primario et universaliter et abstracte ab* « *omni re reali.* » « *Personam aliter affici negamus,* dit-il « aussi, *quam cum de universali personæ statu disponit.* » Qu'est-ce à dire? Eclairons ceci qui est quelque peu énigmatique en empruntant des exemples à nos vieux auteurs. Étant donné qu'il est nécessaire, aux yeux de d'Argentré, pour que la loi soit personnelle, qu'elle règle l'état universel de la personne, le statut qui émancipe le mineur cesse d'être personnel, puisque si le mineur peut d'une part gérer et administrer ses biens, il reste d'autre part dans l'impuissance de les vendre, et que par conséquent l'émancipation ne réglemente pas son état universel. De même le sénatusconsulte Velléien, qui défend à la femme de s'obliger pour autrui, devient un statut réel, puisqu'il n'y a prohibition que d'un acte en particulier, et que la femme a les mêmes droits que l'homme au regard des autres actes de la vie civile. Ce sont aussi des règles qui ne dépendent pas du statut personnel que celles, qui, écrites dans telle ou telle coutume, permettent aux mineurs de 25 ans d'aliéner leurs immeubles. Il s'agit là, nous dit d'Argentré, de lois qui étant relatives tout à la fois aux personnes et aux *res soli* forment des statuts *mixtes* qui doivent se comporter comme les statuts réels [1].

[1] D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 8, *in fine*. Comp.

Digitized by Google

Au XVIIe siècle, alors que le centre principal des études juridiques sur la théorie des statuts s'est déplacé et a passé de France en Belgique et en Hollande, le principe de personnalité du statut de capacité y est accepté. « *Cum enim,* nous dit notamment « Rodenburg, *ab uno certoque loco statum hominis legem acci-* « *pere necesse esset, quod absurdum, earumque rerum pugna* « *foret, ut in quot locis quis iter faciens aut navigans delatus* « *fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionnem; ut uno* « *eodemque tempore, hic sui juris, illic alieni juris futurus* « *sit* [1]. » Si toutefois le principe est admis, il y est apporté généralement par les statutaires réalistes belges et hollandais des limitations analogues à celles qui se rencontrent dans la doctrine de d'Argentré.

Au XVIIIe siècle, Boullenois l'accepte encore en partie. Après avoir distingué en effet les statuts en réels et personnels, il fait de ces derniers deux classes : l'une comprenant les *statuts personnels universels,* l'autre les *statuts personnels particuliers.* C'est l'idée de d'Argentré qu'il est facile de reconnaître, mais Boullenois ne s'arrête pas là et subdivise à nouveau les statuts personnels particuliers, en *statuts particuliers purs personnels* et *statuts particuliers personnels réels.* Ce n'est que pour cette dernière catégorie de statuts, qui, tout en visant la capacité de l'individu ont trait à son exercice relativement aux biens immobiliers, que Boullenois admet encore la doctrine réaliste de d'Argentré [2].

Tel est cet épisode de la grande lutte entre la personnalité et la réalité des lois, et la distinction irrationnelle entre les diverses espèces de statuts de capacité qui, ne s'expliquant que par la puissance des idées féodales, disparut dans le dernier état de notre ancien droit français. Froland [3], le président Bouhier [4] la repous-

Bouhier, *Obs. sur la cout, de Bourgogne,* chap. XXIV, n°s 10, 11 et suiv. et Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois,* t. I, p. 43 et suiv. (Edit. de 1746).

[1] Rodemburg, Traité *de statutorum diversitate,* Tit. I, chap. III, § 4.

[2] Boullenois, t. I, p. 177, obs. XIII. Comp. Challine qui écrivit au XVIIe en France un ouvrage intitulé : *Méthode pour l'intelligence des coutumes de France,* V. p. 219, 220, 250.

[3] Froland, *Mémoires concernant les statuts,* t. I, p. 99 et suiv

[4] Bouhier, *Obs. sur la cout. de Bourgogne,* chap. XXIV.

Digitized by Google

sent et la jurisprudence finit par admettre dans son ampleur la personnalité du statut de capacité.

C'était à cette époque le domicile de la personne qui fixait ce statut, ce qui n'a rien qui doive surprendre. D'une part en effet les relations se formèrent alors surtout entre habitants de diverses provinces d'un même pays, entre lesquels par conséquent il n'existait pas de différence de nationalité. En outre dans le cas où il s'en établit entre nationaux et étrangers, et où l'on aurait compris, pour régler la capacité de chacun, l'intervention de la loi nationale, celle-ci ne fut pas appliquée, parce qu'à cette époque la nationalité était encore un lien vague et mal défini réunisant sous une même autorité politique des populations obéissant à des lois différentes.

On discutait seulement jadis la question de savoir quel domicile il fallait prendre en considération. Fallait-il tenir compte du *domicile d'origine* de la personne, ou de *son domicile actuel.* Froland, dans ses Mémoires sur les statuts, dans le but de donner de la stabilité au statut personnel et de l'empêcher de varier par suite des changements successifs de domicile se prononça pour le premier domicile de la personne. « Celui, par exemple, dit-il, « qui par la loi de son origine et de son premier domicile est « majeur à 20 ans, allant demeurer dans une province où la « majorité ne s'acquiert qu'à 25 ans, est toujours réputé ma- « jeur [1]. » Le parlement de Normandie fit même, en 1666, un règlement en ce sens [2]. Mais l'opinion générale et à peu près unanime des auteurs n'admettait pas cette manière de voir et se prononçait pour le domicile actuel avec toutes ses chances de variations. « Le changement de domicile, nous dit Pothier [3], dé- « livre les personnes de l'empire des lois du domicile qu'elles « quittent et les assujettit à celles du nouveau domicile qu'elles « acquièrent. »

Il a fallu que le lien national devînt précis et défini, et que, par suite de l'unité législative dans bon nombre de pays on vît

[1] Froland, *Mémoires concernant les statuts*, t. I, chap. VII, § 13, 14, 15, p. 171.

[2] Basnage, *Cout. de Normandie*, art. 431.

[3] Pothier, *Introd. générale aux coutumes*, chap. I, § 1, nos 13 et suiv.

Digitized by Google

les collisions de lois se reporter aux frontières pour que la théorie du domicile se vît attaquée. Partout où le droit s'est unifié pour tous les membres d'une même nation, le principe de la nationalité s'est introduit. Mais il est des pays dans lesquels les lois sont encore multiples, il en est où les principes féodaux sont encore vivaces, c'est surtout de leur côté qu'il faut jeter les regards si l'on veut connaître les défenseurs actuels du domicile. Et pourtant même dans ces pays où des efforts sont tentés pour arriver à l'unité des lois, nous aurons à constater que la nationalité gagne de jour en jour plus de terrain.

Est-ce à dire que, s'agissant de déterminer la capacité des personnes, la réalité des lois se trouve être définitivement vaincue au moins dans ceux des pays qui répudient les doctrines féodales? En aucune manière. Sans parler, tant est grande la force des traditions! de tentatives faites dans le but de rééditer, notamment en France, la doctrine réaliste de d'Argentré, nous verrons au cours de cette étude que la territorialité du droit s'efforce dans la plupart des pays d'entraver le développement normal des conséquences du principe de nationalité pour déterminer la capacité de chacun. On proteste contre elles, soit au point de vue de l'intérêt des nationaux qu'elles y peuvent léser, soit au point de vue de la fermeté des transactions qu'elles y peuvent, dit-on, compromettre. Passons donc au droit moderne.

CHAPITRE DEUXIÈME

Droit moderne.

§ 1er. — Point de vue rationnel.

Demandons-nous lequel de ces deux principes, celui du domicile ou celui de la nationalité, doit l'emporter sur l'autre pour régler la capacité des personnes.

Écoutons d'abord les défenseurs du domicile. Le domicile, nous disent-ils, est le centre de la vie juridique d'une personne, c'est là qu'est le siège de ses affaires et de ses intérêts, c'est là qu'elle exerce ses droits : c'est donc là que se trouvent groupés les éléments divers, qui, réunis, constituent la personnalité juridique, et doivent, par conséquent, déterminer la capacité. Or, les tiers qui entendent contracter avec une personne, ont le plus

Digitized by Google

grand intérêt à connaître son état de capacité ou d'incapacité. Comment le connaîtraient-il s'il dépend de la nationalité? Il est parfois peu aisé de savoir si une personne appartient à telle ou telle nation. Rien ne leur sera plus simple, au contraire, que de se rendre exactement compte du domicile actuel. C'est précisément ce même motif d'incertitude, qui doit faire écarter la nationalité, qui fit autrefois repousser dans la pratique, l'opinion des anciens jurisconsultes, qui voulaient que la loi personnelle fût celle du domicile d'origine, et non celle du domicile actuel. Il aurait été difficile pour les tiers de connaître ce premier domicile comme il leur serait souvent délicat de discerner la nationalité, si l'on admettait son principe.

Et puis, continue-t-on, supposons un instant que l'on admette le principe de nationalité, il se conçoit à la rigueur dans son application si l'on suppose qu'il s'agit de personnes ayant une nationalité, et n'en ayant qu'une. Mais il peut arriver qu'une personne ait deux nationalités ou n'en n'ait aucune : quelle sera alors la loi qui régira sa capacité? On aboutit logiquement à cette conséquence, ou bien qu'il y aura deux lois personnelles, prétendant toutes deux la déterminer, ou qu'il n'y en n'aura point, ce qui n'est pas admissible.

Quelque sérieux qu'ils semblent être au premier abord, ces arguments sont sans valeur, et nous acceptons sans hésiter le principe de la nationalité. Comme l'a dit M. Mancini, la théorie du domicile qui s'est formée sous l'influence du régime féodal, qui considérait l'homme comme l'accessoire de la terre, est destinée fatalement à disparaître [1].

La nationalité doit déterminer la loi personnelle parce que le lien national qui est le plus stable est, en outre, le plus intime et le plus étroit qui puisse rattacher une personne à un pays. Chaque législateur édicte surtout ses lois pour ses sujets en s'inspirant du climat, de la race, des mœurs, du génie de son peuple. Il y a donc une harmonie profonde entre l'individu et le droit de sa nation. Quant au domicile, il n'établit qu'un lien accidentel et

[1] Mancini, *Della nazionalita come fondamento del diritto delle genti*, et Rapport fait à l'Institut de Droit international, *Journal du Droit international privé*, 1874.

Digitized by Google

passager, qui se forme et se rompt au gré de circonstances diverses. Je ne puis pas admettre que le changement de domicile, qui est souvent un fait capricieux et arbitraire, vienne modifier les règles qui régissent la capacité des personnes. Aussi bien celui qui change de domicile pour santé, plaisir, affaires, celui-là ne prétend en aucune manière rompre avec son pays.

On fait à notre doctrine une objection spécieuse que l'on colore de l'intérêt des tiers. Les tiers, dit-on, ont le plus grand intérêt à connaître la loi personnelle de celui avec lequel ils se proposent de traiter : comment la connaîtront-ils si elle dépend de sa nationalité? Répondons : le domicile est-il donc toujours si bien établi qu'aucune difficulté ne puisse s'élever? Mais il suffit d'ouvrir un recueil d'arrêts pour être édifié. Le Code civil français décide dans son art. 102 que le domicile est au lieu où l'on a son principal établissement. Que l'on suppose donc qu'une même personne ait plusieurs centres d'affaires importants, et aussitôt on voit apparaître, voilée et délicate à trancher pour les tiers, la question de savoir quel est de ces centres d'affaires celui qui lui assigne un domicile. L'embarras étant de même nature, il n'y a pas de motif d'utilité pratique pour répudier la vraie théorie qui fait dépendre la capacité de la loi nationale.

Mais, nous dit-on encore, une personne peut avoir deux nationalités, ou n'en posséder aucune. Il est vrai qu'une personne peut avoir deux nationalités, nous ne le contesterons pas, mais est-ce qu'elle ne peut pas aussi avoir deux domiciles? Il y a des législations qui l'admettent expressément. Bien mieux, sous l'empire du Code civil français, et malgré le texte de l'art. 102, qui paraît bien exclusif cependant, c'est un point contesté et la pratique admet à certains égards cette pluralité [1]. Il peut donc y avoir pour une personne deux domiciles tout aussi bien que deux nationalités.

Prenons bien garde d'ailleurs de ne pas grossir comme à plaisir les difficultés pratiques qui peuvent résulter de cette coexistence chez une même personne de deux nationalités.

Si le débat qui doit être tranché d'après la loi personnelle du plaideur s'élève d'abord dans un pays qui est un de ceux qui le

[1] V. not. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, du Domicile, n° 347.

Digitized by Google

revendiquent au nombre de ses nationaux, il ne saurait y avoir d'hésitation pour le juge. Celui-ci devra appliquer la loi de son propre pays. Voilà donc déjà un premier cas à mettre hors de doute et dans lequel la difficulté résultant de la pluralité de nationalités s'évanouit.

Poursuivons, et supposons que le débat s'élève dans un pays dont la loi ne réclame pas le plaideur qui se trouve avoir deux patries. En pareil cas encore, il peut arriver de deux choses l'une, ou que l'individu dont nous parlons ait son domicile dans l'un des pays où la loi le considère comme national, ou bien qu'il soit domicilié dans une autre contrée. Dans la première hypothèse il me paraît naturel de faire intervenir le domicile subsidiairement, à l'effet de départager les deux lois nationales. Je dirai que la loi personnelle, celle de laquelle dépend la capacité, sera déterminée par la loi du pays dans lequel le plaideur a tout à la fois nationalité et domicile. Ce n'est donc que dans la seconde hypothèse, dans laquelle l'individu qui a deux patries et dont il s'agit de régler la capacité est domicilié dans un pays tiers, que l'anomalie se présente inéluctable. Mais faut-il en accuser notre théorie? Évidemment non, et il faut se contenter de l'imputer à la diversité si regrettable des législations sur les règles destinées à fixer la nationalité de chacun. Dans cette dernière hypothèse où la même personne va se trouver soumise à deux lois de capacité, c'est au juge qu'il appartiendra de décider suivant les circonstances, dans quelle mesure il doit être tenu compte de ces deux lois. Je lui conseillerais volontiers de choisir celle des deux qui s'éloigne le moins de sa propre loi nationale [1].

Reste le cas où l'on se trouve en présence d'un individu sans patrie. Ici encore l'on peut faire observer qu'en admettant la théorie du domicile, une situation très analogue peut se rencon-

[1] L'avant-projet du Code civil en Belgique, tel qu'il est proposé par la Commission extraparlementaire chargée de son élaboration, après avoir adopté le principe de la nationalité dans son art. 4, porte dans son art. 12 que celui qui ne justifiera d'aucune nationalité, aura pour statut personnel la loi belge et que celui qui a deux nationalités étrangères, au nombre desquelles n'est pas celle de la Belgique, devra être régi par celle des deux lois qui s'éloigne le moins de la loi belge.

Digitized by Google

trer dans les faits. Il peut s'agir, en effet, de ces individus gyrovagues, qui vont partout sans se fixer nulle part, et n'ont pas par conséquent de domicile. En tous cas, de ce qu'une personne n'a pas de nationalité, nous ne tirerons nullement cette conséquence qu'il n'y a pas de loi à lui appliquer pour la détermination de sa capacité. Nous dirons seulement, que, faute de mieux, elle devra se trouver régie à ce point de vue par la loi de son domicile, ou à défaut de domicile par celle de sa résidence.

Telle est dans son ensemble la théorie qui, en raisonnant *a priori*, nous paraît être la meilleure. C'est elle qui a été consacrée en 1880 par un vote de l'Institut de droit international dans sa session d'Oxford [1]. Les jurisconsultes de tous les pays, qui le composent, ont été, à la majorité, d'avis qu'une distinction devait être faite, au point de vue notamment de la capacité des personnes, entre les conflits de lois qui, se présentant dans l'intérieur d'un État où l'unité législative n'a pas été réalisée, ne mettent en jeu qu'une question de domicile, et ceux qui éclatant entre lois étrangères, doivent être résolus d'après la loi nationale, et ne laisser au domicile que la place secondaire et effacée que nous lui avons faite. Bien que ce vote n'ait été pris qu'à une faible majorité, qu'aucun membre américain n'y ait pris part, et qu'un seul membre anglais s'y soit rallié, il n'en a pas moins une signification des plus importantes, bien faite pour nous affermir dans notre doctrine [2].

Nous concluons en posant les deux principes rationnels suivants :

1° La loi qui concerne la capacité est personnelle ;

2° La loi personnelle de capacité se trouve déterminée par la nationalité, et ce n'est que dans des cas anormaux et exceptionnels, que le domicile doit être appelé à faire sentir son influence.

[1] V. *Revue de droit international*, année 1881, p. 470. Dans sa session de Lausanne en sept. 1888, l'Institut ne s'est pas départi de son principe. Nous aurons à revenir à un autre point de vue sur les solutions proposées dans cette session. V. *Rev de droit int.* 1888, p. 476 et s.

[2] Asser et Rivier, *Eléments de droit int. privé*, p. 52 note 4.

Digitized by Google

2. — Droit positif.

A. — Législation française.

Quelle est la loi qui régit la capacité des Français en pays étranger? Quelle est celle qui la détermine pour les étrangers en France? Ce sont là les deux questions qui vont successivement attirer notre attention.

1° *Capacité des Français en pays étranger.* — L'art. 3 du Code civil semble poser une règle très claire, quand il nous dit que les lois concernant... *la capacité* des personnes régissent les Français *même résidant* en pays étranger. Qu'est-ce à dire, sinon que pour déterminer l'aptitude des nationaux français à exercer leurs droits, il faut consulter les lois nationales françaises?

Il faut croire cependant que notre texte n'est pas aussi limpide qu'il semble l'être au premier abord, puisqu'il est des interprètes d'une grande valeur qui en méconnaissent ou qui s'efforcent d'en restreindre la portée.

Fœlix tout d'abord définit le statut personnel en s'inspirant de la doctrine du réaliste d'Argentré, de la manière suivante : « Une « loi dont les dispositions affectent directement et uniquement « l'état de la personne, c'est-à-dire l'*universalité* de sa condition, « de sa capacité ou incapacité de procéder aux actes de la vie « civile; une loi qui implique chez la personne une qualité générale, « sans aucun rapport avec les choses, si ce n'est accessoirement « et par une conséquence de l'état ou de la qualité de l'homme « objet principal du législateur[1]. » Cette définition vicieuse, dont l'auteur tire certaines conséquences et qui lui fait notamment ranger l'art. 904 du Code civil, en tant qu'il autorise le mineur parvenu à l'âge de 16 ans, à disposer par testament dans une certaine mesure, parmi les lois réelles, a trouvé parfois écho dans les décisions judiciaires[2]. Elle est pourtant inadmissible, puisque bannie déjà dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence française, elle est directement réprouvée par le texte général de l'art. 3 du Code civil. Les auteurs français modernes la répudient et déclarent, d'une manière générale, personnelles, les lois qui concernent la capacité.

[1] Fœlix, *Traité de droit int. privé*, t. I, p. 43.

[2] V. not. Cass. 4 mars 1857, S. 1857, I, 247.

Digitized by Google

Ce n'est pas tout : Fœlix[1] confond absolument le domicile et la nationalité, et pour lui ce sont là deux termes qui peuvent être pris l'un pour l'autre. Cette erreur n'a pas de conséquence pratique, ce qui va de soi, si la nationalité et le domicile coïncident. Le Français qui *réside* à l'étranger, mais qui a gardé son domicile en France, voit sa capacité soumise à la loi française : peu importe au point de vue pratique qu'on la lui applique comme loi de son domicile ou comme loi nationale. Mais si le domicile du Français n'est plus dans sa patrie, il importe, au contraire, beaucoup de choisir, et l'erreur de Fœlix devient visible, éclatante. C'est ici que l'art. 3 trouve son utilité, et demande l'application de la loi nationale.

Le savant annotateur de Fœlix, M. Demangeat[2], conteste cependant en partie cette solution. Il faut, d'après lui, pour se rendre exactement compte de la décision contenue dans l'art. 3 faire une distinction entre deux hypothèses qui seraient très loin de se comporter de la même manière. De deux choses l'une en effet : ou le Français *réside* en pays étranger sans y être domicilié, ou bien il y est *domicilié*. Dans le premier cas, dit-on, il faut lui appliquer la loi française, tandis que dans le second, c'est la loi étrangère, c'est-à-dire celle de son domicile qui le régit. Pourquoi cette distinction? Il suffit, répond-on, pour s'en rendre compte, de lire avec attention et de soupeser chaque expression de l'art. 3, qui n'applique la loi française qu'à ceux de nos nationaux qui *résident* à l'étranger. « *Résider* » n'est pas apparemment en droit synonyme de « *être domicilié* ». Une expression du Code civil ne saurait être soupçonnée de n'être pas juridiquement irréprochable. J'avoue sincèrement pour mon compte qu'alors même qu'il résulterait de la lettre du texte éclairé par les travaux préparatoires, que le mot *résider* doive être entendu ici *stricto sensu*, mon aversion, peut-être exagérée, mais contre laquelle je ne puis me défendre, pour les arguments judaïques fondés sur le sens de tel ou tel mot, serait capable

[1] Fœlix, *Traité de droit int. privé*, t. I, p. 58. La même confusion se retrouve chez d'autres auteurs, notamment chez Eichhorn, *Enleitung in Privat rech.*, § 34. V. Asser, *Eléments de droit int. privé*, p. 51, note 1.

[2] Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 58 et 105.

Digitized by Google

de me donner la hardiesse d'entendre l'expression de « résider » avec plus de largeur. Mais il n'est même pas nécessaire d'avoir cette audace. Sans doute, lorsque dans un texte de loi, et plus particulièrement dans un texte de procédure, le mot *résider* se trouve opposé aux mots *être domicilié* : il faut l'interpréter *stricto sensu*. En est-il donc ainsi dans l'art. 3? En aucune manière, et la preuve que l'expression du texte doit être entendue largement, et comprendre tout ensemble le fait de se trouver momentanément à l'étranger, et même d'y avoir son domicile, résulte tant de la loi elle-même que des travaux préparatoires qui l'expliquent. Voici par exemple l'art. 170 du Code civil. Il ne fait rien autre chose qu'appliquer la règle générale de l'art. 3, quand il édicte que le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre Français et étranger, est valable, si le Francais où les Français se sont conformés aux règles de capacité pour le mariage, telles que notre législateur les a établies. Sa formule ne permet pas de soupçonner qu'il y ait à distinguer entre les simples résidents et les domiciliés. De plus, si nous consultons les travaux préparatoires, nous y constatons que Portalis [1] et le tribun Faure [2] notamment, se bornent à dire, qu'ils uffit d'être national français pour être régi par la loi française. Il n'y a pas de trace de distinction à faire entre la résidence et le domicile, et il est rationnel de n'en pas établir.

Mais quand nous admettons avec le texte de la loi que le Français, même domicilié en pays étranger, y voit sa capacité régie par la loi nationale, qu'entendons-nous dire? Prétendons-nous admettre ainsi que si un procès mettant en jeu sa capacité vient à être soumis à l'examen d'un juge étranger, celui-ci devra appliquer la loi française? Sans doute, il sera raisonnable de sa part de la suivre, mais notre art. 3 lui en fait-il un devoir? Assurément non, car la loi française ne saurait élever la prétention de commander au delà de la frontière, puisque chaque État est souverain. Ce que notre règle veut dire, c'est que si un Français a passé à l'étranger un acte où sa capacité est en jeu, il ne pourra se prévaloir de cet acte en France et devant nos tribunaux, que

[1] Locré, t. XVI p. 13.

[2] Locré, t. XVII, p. 9, et t. XVIII, p. 8.

Digitized by Google

s'il a obéi à l'étranger aux prescriptions de sa loi nationale. Voilà tout.

2° *Capacité des Étrangers en France.* — Les étrangers peuvent se trouver momentanément en France au cours d'un voyage, y avoir une résidence de plus longue durée, ou y être domiciliés. Dans cette dernière hypothèse il est possible que le domicile ait été établi avec ou sans esprit de retour au pays d'origine, qu'il ait été ou non autorisé par le gouvernement français (art. 13, C. civ.). Y a-t-il des distinctions à faire entre ces diverses catégories d'étrangers, quand il s'agit de connaître la loi qui doit réglementer leur capacité?

Pour les étrangers qui se trouvent de passage chez nous, il n'y a pas de discussion possible, et leur loi nationale régit sans conteste leur capacité. Il n'y a pas de doute non plus à cet égard dans le cas où l'étranger a établi en France soit une résidence, soit même son domicile sans y avoir été autorisé par le gouvernement français dans les termes de l'art. 13 de Code civil, pourvu toutefois que cet établissement n'y ait pas été fixé d'une manière définitive et sans esprit de retour.

Mais si l'étranger s'est fixé chez nous en abandonnant son pays, il est des interprètes qui pensent que sa capacité ne saurait plus être régie que par la loi française [1]. Je ne saurais souscrire à cette solution qui me semble trop absolue, et voici la distinction très simple et très rationnelle qui me paraît devoir être faite. Il peut arriver de deux choses l'une, ou que l'étranger qui a quitté sans esprit de retour sa patrie, ait comme conséquence de cet abandon perdu sa nationalité; ou tout au contraire qu'il l'ait conservée. Dans le premier cas, puisqu'elle n'a pas acquis la nationalité française, nous avons à faire à une personne sans patrie à laquelle la loi française, qui est celle de son domicile, devra être appliquée pour la fixation de sa capacité. Mais dans le second cas, puisque la personne se rattache à une nationalité, il n'y a aucun motif de ne pas lui appliquer la loi de son pays, qu'elle l'ait quitté ou non sans esprit de retour, peu importe.

Reste l'hypothèse qui soulève le doute le plus sérieux, c'est celle de l'étranger domicilié en France avec l'autorisation du

[1] Valette sur Proudhon. t. I, p. 178 note a et 194 note a.

Digitized by Google

gouvernement français. Un auteur, M. Demangeat [1], déclare que cet étranger s'étant soumis à la loi française, qui lui devient applicable aux termes de l'art. 13 du Code civil, c'est cette loi qui doit fixer sa capacité. Cette doctrine a le tort considérable de confondre deux théories très distinctes l'une de l'autre, et qui sont d'une part la théorie de la condition des étrangers en France au point de vue de la jouissance des droits privés et d'autre part, celle des conflits de lois. Lorsque l'étranger s'est conformé à l'art. 13 du Code civil, il cesse d'être étranger ordinaire et acquiert le privilège de jouir de tous les droits civils sans exception, y compris ceux qui ont été réservés aux seuls nationaux français : soit. Mais d'après quelle loi exercera-t-il ces droits? Ceci est une toute autre question qui, au lieu de relever du droit interne comme la précédente, dépend du droit international. Un exemple va mettre complétement à nu ma pensée. D'après notre jurisprudence française, critiquable à mon avis, mais qui n'en n'est pas moins certaine, l'adoption est un des droits civils dont la jouissance est inaccessible aux étrangers ordinaires. Mais si l'étranger est au contraire privilégié parce qu'il a été autorisé par notre gouvernement à établir son domicile en France, alors il est admis qu'il peut adopter un Français et être adopté par lui. C'est là une des conséquences possibles de l'art. 13 du Code civil. Faisons un pas de plus, et, supposons que notre étranger veuille adopter un Français. Demandons-nous quelle loi déterminera les conditions de sa capacité : irons-nous résoudre cette question par la loi française, et l'art. 13 nous y oblige-t-il? En aucune sorte, et nous dirons que la loi qui doit être ici consultée n'est autre que la loi nationale de l'étranger, de telle sorte que s'il arrivait que cette loi lui déniât la capacité d'adopter, nous aboutirions logiquement à cette conséquence que, malgré l'art. 13 du Code civil, cet étranger ne pourrait pas adopter chez nous. Il importe de se bien mettre en garde contre la confusion que je viens de signaler.

Tout au plus pourrait-on soutenir, avec une certaine force, que l'étranger qui a son domicile en France avec ou sans esprit de

[1] Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, p. 414, et note sur Fœlix, t. I, p. 58. V. égal. Coin-Delisle, art. 13, n° 5.

Digitized by Google

retour dans son pays, avec ou sans l'autorisation du gouvernement français, verra sa capacité régie par la loi française, s'il appartient à un pays où cet élément est déterminé par la loi du domicile. En décidant ainsi, on n'appliquerait pas la loi française comme loi territoriale, mais bien pour répondre au vœu de la loi étrangère [1]. Mais cette solution elle-même nous paraîtrait critiquable [2]. Il nous semble impossible d'admettre que les tribunaux d'un pays n'aient pas de principes constants de droit international à suivre et soient amenés à consacrer les solutions les plus dissemblables, en matière de capacité, en se référant aux indications des différentes législations étrangères. C'est pour nous la loi du pays de la juridiction saisie du débat, qui détermine les règles de droit international privé qui sont à suivre pour fixer la capacité de chacun. Comme le dit un savant maître [3] en se prononçant sur la question générale, que nous ne rencontrons ici que sous l'un de ses aspects : « L'attitude prise est beaucoup plus noble et « rationnelle quand un législateur ne croyant pas juste de faire « peser inexorablement le même niveau sur tous les plaideurs « sans égard à leur nationalité fait des distinctions et à chaque « nature de litige ou de question déclare *impérativement* la loi « applicable. Il n'abdique pas, il se prononce. Il ne prétend pas « à une compétence universelle pour la solution des difficultés : « toutefois il ne cesse en aucun cas de diriger les juridictions « qui relèvent de lui, en leur inspirant non une décision de « hasard et de rencontre, mais une solution raisonnée découlant « d'un principe par lui posé d'une façon intelligente et scien- « tifiquement motivée. Cette marche est nette, ferme et digne de « celui qui, ayant autorité et souveraineté, doit en l'exerçant « faire œuvre de raison. »

Nous conclurons en disant avec la très-grande majorité des au-

[1] V. Weiss, *Traité élémentaire de droit int. privé*, p. 552.

[2] La jurisprudence française accepte volontiers le renvoi de la loi étrangère. V. cass. 5 mai 1875, *Journal du Palais*, 1875, p. 1036. Cass. 22 fév. 1882. *France judiciaire*, 1882, p. 396 Sirey, 1882, I, 393. Paris, 23 mars 1888, S. 1888, II, 131. Rapp. Bruxelles 14 mai 1881, S. 1881, IV, 41 e la note.

[3] Labbé, *Journal de droit int. privé*, 1885, p. 5 et s. — Aj. Laurent. Sirey, 1881, 4e partie, p. 41. — Chausse, *Revue critique* 1888, p. 193.

Digitized by Google

teurs [1] que c'est la loi nationale de l'étranger qui régit en France sa capacité, quelle que soit la condition dans laquelle il s'y trouve [2].

Le principe posé et précédemment justifié en raison, il convient de l'établir en droit. L'art. 3 du Code civil ne peut pas être invoqué directement, du moins à son appui, car il ne résout pas *in terminis* la question qui nous occupe. Mais quand il porte que les lois qui concernent la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger, il ne fait que l'application d'une règle générale, dont l'admission se dégage des travaux préparatoires, En effet, la rédaction primitive du texte, qui est devenu l'art. 3 actuel, portant que « *la loi française oblige indistinctement toute personne qui se trouve sur le territoire* », Tronchet fit remarquer que cette rédaction était beaucoup trop générale. Il fit observer que les étrangers seraient notamment en vertu de ce texte soumis à la loi française, même en ce qui concerne leur capacité, et l'article, à la suite d'observations analogues de la part du Tribunat fut modifié dans sa rédaction primitive et devint ce qu'il est aujourd'hui [3]. Il est d'ailleurs possible d'argumenter sinon directement, du moins *a contrario* de notre article. Après avoir décidé en effet que la loi française doit avoir une portée générale : 1° en tant qu'il s'agit de police et de sûreté; 2° en tant qu'il s'agit des immeubles, le texte venant à s'occuper notamment de capacité, ne parle plus que des Français, pour dire qu'on doit leur appliquer la loi française : c'est donc par *a contrario* que pour la détermination de leur capacité la loi française n'est pas applicable aux étrangers. Ajoutons que la solution contraire à celle que nous admettons serait non seulement contradictoire, mais impolitique. S'il est désirable en effet de voir appliquer en pays

[1] Duranton, t. I, p. 141. De Fréminville, *De la minorité*. I, p. 11 Soloman, *De la condition des étrangers en France*, p. 30 et s. — Richelot, t. I, p. 38. — Aubry et Rau, t. I, p. 91 note 24. — Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 552 : — Despagnet, *Précis de droit int. privé*, p. 298. — Comp. Brocher, *Cours de droit int. privé*, t. I, p. 97.

[2] Jurisprudence V. not. Paris, 20 février 1858, S. 1861, I, 305. Chambéry 15 juin 1869, S. 1870, II, 214. Martinique, 18 mai 1878, S. 1878, II, 238. Paris, 17 déc. 1883, *J. D. I. privé*, 1884, p. 289. — Seine, 23 février 1883. *Journal. droit int. privé*, 1883, p. 388.

[3] Locré. T. I, p. 399 et 563.

Digitized by Google

étranger la loi française aux Français, il est évident qu'on doit chercher à l'obtenir en traitant de la même manière les étrangers qui sont en France.

La règle justifiée, demandons-nous quelle en est la portée. Comporte-t-elle des limitations, et quelles sont-elles?

En voici une tout d'abord sur l'idée fondamentale de laquelle au moins, il ne s'élève pas de doute. Elle se déduit de ce fait que certaines lois d'ordre public s'imposent à tous sans distinction de nationalité [1].

Mais si tout le monde s'accorde à admettre cette première limitation au principe qui veut que la capacité des étrangers en France obéisse à leur loi nationale, il existe quelque doute au contraire quand il s'agit de déterminer exactement la ligne de démarcation entre les cas où l'ordre public international est intéressé et ceux où il ne l'est pas [2]. Il y a là une question de limite qui n'est pas sans présenter parfois de sérieuses difficultés pour le juge.

Mais y a-t-il lieu de restreindre davantage encore la portée de notre principe?

Il y a des auteurs et des meilleurs qui l'on proposé.

D'après M. Valette [3], l'application de la loi étrangère ne se comprend en France qu'autant qu'elle n'aboutit pas à y blesser l'intérêt d'un national. Voici par exemple un étranger qui appartient à un pays dont la législation recule l'âge de la majorité au delà de 21 ans, c'est-à-dire de la limite fixée par notre législateur, et il arrive que cet étranger contracte une obligation chez nous envers un Français, qui de bonne foi doit le croire majeur. M. Valette propose de dire que l'étranger ne doit pas pouvoir se prévaloir de sa loi personnelle à l'effet d'obtenir la nullité de son engagement pour cause de minorité.

[1] Cass. 25 mai 1868, S. 1868, I, 366. Comp. Demangeat : *Rev. pratique*, 1856, p. 57. — Mailher de Chassat, *Des statuts*, n° 127. Demante, t. I, p. 45 note 1 — Aubry et Rau, t. I, p. 96.

[2] Cass. 28 fév. 1860, S. 1860, I, 210. — Cass. 15 juillet 1878, S. 1878, I, 320. V. à l'occasion de l'arrêt de 1860 les conclusions du Procureur général Dupin : Sirey. 1860, I, 210 et s. — Égal. la plaidoirie de M. Dufaure dans la *Gazette des tribunaux* du 5 juillet 1859.

[3] Valette sur Proudhon, t. I, p. 85. Comp. Demangeat, *Conditions des étrangers*, p. 373. Egal. Mailher de Chassat, *Des statuts*, n° 230.

Digitized by Google

Ce système « de l'intérêt français lésé » est également proposé, sauf des nuances de détail qui en restreignent quelque peu la portée, par un autre interprète considérable. M. Demolombe[1] reconnaît au juge le droit de ne pas appliquer la loi personnelle étrangère toutes les fois qu'elle porterait préjudice à un Français qui n'aurait pas agi avec légèreté ou imprudence. Puis l'auteur entre dans une série de distinctions de nature à éclairer ce point de fait.

MM. Aubry et Rau[2] se rangent à la même opinion.

Elle paraît en outre être volontiers suivie par notre jurisprudence qui, dans tel de ses arrêts, reproduit presque textuellement la doctrine enseignée par M. Demolombe[3].

Les auteurs et les arrêts, pour motiver cette seconde limitation au principe, partent de cette idée que chaque nation étant souveraine exclusive chez elle, peut exiger que l'on n'y suive que sa propre législation. Que si l'on fait quelques concessions, elles sont toutes gracieuses et ne doivent pas nuire aux nationaux. Dire ainsi que tout dépend des circonstances de fait, et admettre que la loi étrangère doit s'incliner toutes les fois qu'un Français aura traité avec un étranger sans légèreté, ce n'est rien faire autre chose que nier l'existence légale du principe dont nous avons reconnu le bien fondé dans notre droit.

Il me paraît que la limitation qu'on propose doit être rejetée, car elle est contraire tout à la fois à la tradition qui ne me semble avoir connu rien de semblable, aux travaux préparatoires et aux textes eux-mêmes du Code civil, ainsi que cela résulte de l'analyse que nous en avons présentée précédemment. Si l'on avait à faire la loi, il me semblerait imprudent de consacrer l'opinion que je combats. En tout cas, ce que je dis très fermement, c'est que dans l'état actuel de nos lois, la doctrine de l'intérêt français lésé est insoutenable en droit. La règle n'est-elle pas après tout que c'est à celui qui contracte qu'il appartient

[1] Demolombe, t. I, n° 102.

[2] Aubry et Rau, t. I, p. 93-95, texte et notes. Comp. Massé, Sirey, 1861, I. 305.

[3] V. not. Cass., 16 janvier 1861, s. 1861. I. 305, Seine, 16 juillet 1886, J. D. I. P. 1887, p. 178. Paris, 8 février 1883, S. 1883. II. 169.

Digitized by Google

de s'informer de la condition de la personne avec laquelle il traite? L'incapacité? Mais elle peut être parfois difficile à connaître même entre nationaux, et pourtant personne n'a jamais songé à soutenir que celui qui a traité avec un incapable alors qu'il le pensait capable, aurait le droit d'échapper à la nullité de l'acte qu'il a passé. C'est le droit qui règle les rapports des parties contractantes, ce n'est pas l'intérêt. Pourquoi donc en serait-il autrement dans les relations avec les étrangers? Ajoutons qu'il faut se garder avec soin de tout ce qui pourrait appeler contre nos nationaux en pays étranger des mesures de rétorsion, et que la doctrine que je repousse a le grand tort de ne pas s'en inquiéter.

Aussi j'approuve pleinement un jugement rendu le 2 juillet 1878 par le tribunal civil de la Seine[1] qui, très fermement motivé, indique comme parti pris d'appliquer avec toutes les conséquences qui en découlent, la loi étrangère pour déterminer la capacité des étrangers. Le Tribunal émet seulement l'avis que cette loi doit être écartée s'il y a eu fraude commise par l'étranger à l'encontre du Français [2]. Rien n'est plus juste, en effet, que de dire que l'auteur de la tromperie qui s'est fait passer pour capable, alors qu'il ne l'était pas, doit supporter les conséquences de ses manœuvres et se trouver déchu du droit de se prévaloir de la nullité (art. 1382, C. civ.) [3]. Nous repoussons donc, sous cette réserve du cas de fraude, la limitation que l'on prétend apporter à notre principe.

B. — Aperçu de législation comparée.

Les législations peuvent être, au point de vue qui est ici le nôtre, divisées en trois groupes.

[1] Seine, 2 juillet 1878. J. D. I. P. 1878 p. 502. Rapp. Liège, 31 décembre 1879 J. D. I. P. 1881, p. 88.

[2] V. not. Nouguier, *De la lettre de change*, 2, p. 175. Fréminville *Des mineurs*, t. I, n° 46. Laurent, *Droit civil int.*, t. II, n° 158 et suiv. et *principes du Droit civil*, t. I, n°s 84, 85. Despagnet, *Précis de Droit int. privé*, p. 302. Weiss, *Traité élémentaire de Droit int.*, p. 545. Esperson, J. D. I. P. 1883, p. 32. Brocher, *Cours de Droit int. privé*, t. I, p. 97 et surtout p. 99.

[3] Fœlix va trop loin en exigeant, pour que le juge rejette l'application de la loi étrangère, que l'étranger ait pratiqué une escroquerie ou un abus de confiance. Fœlix, t. I, n° 64.

Digitized by Google

Un premier groupe comprend les lois qui déterminent la capacité des personnes par leur loi nationale.

Au premier rang nous ferons figurer la législation italienne. L'art. 6 du Code civil italien porte en effet que « l'état et la capacité *des personnes*... sont régis par la loi de la nation à laquelle elles appartiennnent. En comparant cette disposition à celle de l'art. 3 du Code civil français, on voit de suite que le législateur italien s'est placé à un point de vue plus large que le nôtre qui, ne parlant que de la loi personnelle applicable à l'état et à la capacité des *Français* en pays étrangers a fait éclore les controverses que nous venons d'analyser. Le Code civil italien bien mieux inspiré parle *des personnes* en général, c'est-à-dire de tous les hommes à quelque nation qu'ils appartiennent, pour leur appliquer leur loi nationale, en faisant ainsi disparaître les difficultés [1].

Le principe de nationalité est également suivi aux Pays-Bas par l'art. 6 du Code néerlandais [2], en Russie [3] et en Pologne. Il est aussi admis par le Code civil saxon § 7 et 8 [4] et en Espagne [5].

En Belgique c'est l'art. 3 du Code Napoléon qui y est encore en vigueur, mais l'avant-projet de Code civil belge, tel qu'il est proposé par la commission extraparlementaire qui s'occupe de son

[1] Huc et Orsier, *Le Code civil italien*, t. I, p. 18 et suiv. Fiore, p. 100. Mancini, Rapport fait à l'institut de Droit int. J. D. I. P. 1874. Esperson, *Le Droit int. d'après la législation italienne*, *J.* D. I. P. 1880, p. 248 et suiv. V. également Asser et Rivier, p. 56. Weis, *op. cit.*, p. 560.

[2] Une difficulté s'élève aux Pays-Bas sur l'explication de l'art. 9 du Code néerlandais. V. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 56, note 4. Asser, *Rev. de Droit int.*, 1869, p. 113-118. Laurent, *Droit civil int.*, t. II, p. 110. Weiss, *op. cit.*, p. 561. Comp .Oproomer : *Aantekening op de wet houdende algemeene bepalingen der Wetgewing*, p. 33 et suiv. Fœlix, t. I, p. 72. Fiore, p. 102.

[3] Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 56, note 4, Asser, *Rev. de Droit int.* 1876, p. 401 et suiv. Weiss, *op. cit.*, p. 562. Lehr, *Éléments de droit civil Russe*, p. 6 et 8.

[4] Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 56. De Bar, *Das int. privat-undstrafrecht*, § 45, note 8.

[5] Salmeron, J. D. I. P. 1882, p. 405 et suiv. Torres Campos, *Principios de derecho internacional privado*, chap. II. — Weiss, *op. cit.* 562. — Lehr, *Éléments de droit civil espagnol.*

Digitized by Google

élaboration, consacre les règles qui sont actuellement admises en Italie [1].

C'est aussi le principe de nationalité qui détermine dans toute la Suisse la capacité civile des personnes depuis la loi fédérale du 1er janvier 1882 [2]. Il est notable enfin qu'il ait été consacré en Allemagne par la loi générale sur le Change § 84, qui contient à cet égard une solution identique à celle de la loi danoise (§ 84) et du Code fédéral suisse des obligations (§ 822) [3].

Dans ces législations diverses, la loi nationale des étrangers subit dans son application une limitation naturelle qui tient aux règles d'ordre public [4]. C'est en outre un point débattu en Belgique comme en France que celui de savoir s'il ne faut pas la faire plier dans tous les cas où elle blesserait l'intérêt d'un national [5], M. Laurent, dans l'avant-projet de Code civil qu'il avait été chargé de rédiger, avait cherché à protéger cet intérêt en proposant une règle ainsi conçue : « L'étranger qui contracte en Bel-« gique doit déclarer son statut personnel et s'il y a lieu l'inca-« pacité dont il est frappé. S'il ne fait pas cette déclaration, les « tiers qui traitent avec lui pourront demander l'application du « statut belge, pourvu qu'ils soient de bonne foi. » L'avant-projet de Code civil belge, tel que le propose actuellement la commission, ne contient aucune disposition semblable [6].

C'est également dans le but de sauvegarder avant tout l'intérêt des nationaux qu'après avoir admis le principe de nationalité pour déterminer la capacité de chacun, certains législateurs en répudient les conséquences logiques, et décident que la loi locale doit avoir la préférence toutes les fois qu'étant la loi du lieu où l'acte juridique est intervenu, elle est plus favorable à la validité de cet acte. Des dispositions de ce genre se trouvent dans les

[1] *Rev. de Droit int.*, 1886, p. 449.

[2] *Annuaire de lég. comparée*, 1882, p. 517 et suiv. Alfred Martin, J. D. I. P. 1883, p. 29 et suiv.

[3] Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 57.

[4] Laurent, *op. cit.*, t. II, p. 185 et suiv. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 59 et note 1. *Annuaire de l'Institut de Droit int.*, t. V, p. 57. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 349, 365. De Bar, *op. cit.* § 33.

[5] Laurent, *op. cit.*, t. II, n° 48 et suiv.

[6] *Rev. de Droit int.*, 1886, p. 449.

Digitized by Google

§§ 7 et 8 du Code civil saxon [1], dans le § 84 de la loi allemande sur le Change, dans l'art. 822 du Code fédéral suisse des obligations dans l'art. 10 *in fine* de la loi fédérale suisse du 1er janvier 1882 sur la capacité civile. Voici notamment comment s'exprime ce dernier texte : « Toutefois l'étranger qui d'après le « droit suisse posséderait la capacité civile s'oblige valablement « par les engagements qu'il contracte en Suisse, alors même « que cette capacité ne lui appartiendrait pas d'après la loi de son « pays. » Un Français âgé par exemple de 20 ans et demi va donc pouvoir contracter en Suisse une obligation qui le liera, puisque l'âge de la majorité y est fixé à 20 ans, tandis qu'il est mineur d'après sa loi nationale. Pour être inspiré par un sentiment moins étroit que la doctrine française, aux termes de laquelle la loi personnelle étrangère doit s'incliner, sans distinguer en principe le lieu où l'acte juridique a été passé, dans tous les cas où elle blesserait un intérêt légitime français, le système de la loi suisse, de même que celui des lois que je viens de citer, ne m'en paraît pas moins défectueux. S'il prétend, tout en protégeant l'intérêt des nationaux, assurer au point de vue général du crédit public la fermeté des transactions, il méconnait, en y apportant un tempérament qui, joint à celui qui résulte de l'ordre public, met en quelque sorte à néant sa portée pratique, la règle si naturelle qui fait régir la capacité par la loi nationale des parties. Ce serait d'ailleurs de la part d'un législateur, qui entend suivre de pareils errements, se faire de singulières illusions que de croire, en prenant soin de soumettre la capacité de ses nationaux à l'étranger à la loi qu'il édicte pour eux, que les tribunaux des pays étrangers consentiront à leur appliquer cette loi. Tout au contraire. Tandis qu'un acte juridique sera considéré comme valable, parce qu'il émane d'une personne capable, aux yeux de la juridiction du pays dont elle dépend, ce même acte risquera fort d'être annulé dans un pays voisin, où les règles de capacité qui sont différentes, n'ont pas été observées. La vérité ici deviendra l'erreur au delà, et l'on assistera à ce spectacle étrange d'une sorte de guerre juridique entretenue entre les États par des décisions de justice contradictoires. Faute d'obéir à un principe rationnel, et

[1] Bar, § 45, note 8. — Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 57.

Digitized by Google

d'accepter les conséquences normales qui en découlent, on aboutit, en l'énervant, à la multiplicité des procès au grand détriment des transactions et du crédit public, que l'on prétend cependant affermir. Qui ne voit au surplus que les lois concernant l'incapacité de certaines catégories de personnes deviennent à peu près vaines dès qu'on leur permet à une époque comme la nôtre, où les moyens de communication rendent les distances illusoires, de se jouer impunément de leur loi nationale et de contracter, en n'en tenant aucun compte, des obligations valables d'après la loi d'un État qui n'a pas les mêmes exigences que la leur.

Ces arguments nous paraissent avoir une si grande puissance que, répudiant toute distinction entre les actes commerciaux et ceux du droit civil, nous n'hésitons pas à préférer, à l'art. 2 du projet d'une loi commune pour les lettres de change, adopté par le congrès international d'Anvers en 1885 et qui s'est inspiré du § 84 de la loi allemande sur le change, l'art. 14 du projet du nouveau Code de commerce portugais ainsi conçu : « La capacité « commerciale des Portugais qui contractent des obligations mer- « cantiles en pays étranger et celle des étrangers qui les con- « tractent sur le territoire portugais sera réglée par la loi natio- « nale de l'un ou de l'autre, sauf à l'égard de ces derniers « quand cette loi sera contraire au droit public portugais. » Comme le dit M. de Bar dans un rapport vigoureusement conduit, présenté à la session de l'Institut de droit international à Lausanne en 1888, et dans lequel il soutient, en principe au moins, la thèse qui nous semble être la meilleure, souvent il s'éleverait des doutes sur le caractère commercial ou non commercial d'un contrat, ce qui ne serait pas sans faire naître des procès qu'il est possible et désirable d'éviter. De plus, il est vraisemblable, comme le fait remarquer notre auteur, que la distinction établie entre les principes du droit commercial et ceux du droit civil, loin de s'accentuer dans l'avenir, ira toujours en s'atténuant [1]. « La capacité personnelle, même en matière commer- « ciale est régie par la loi nationale de la partie : » telle est la première des propositions du jurisconsulte allemand. Il l'avait

[1] *Rev. de Droit int.* 1888, p. 476 et suiv., principalement, p. 479.

Digitized by Google

déjà mise en avant lors la session de l'Institut de droit international à Munich en 1882 [1].

Mais, cette règle posée, impressionné par les tendances des législations à protéger les nationaux contre les étrangers, qui prétendent se couvrir de leur loi nationale pour se soustraire à des obligations valables selon la loi du lieu du contrat, M. de Bar essaie d'une conciliation, qu'il formule de la manière suivante : « Toutefois, une partie (ou le successeur de celle-ci), ayant agi de « *bonne foi*, le contrat ou l'acte d'acquisition serait valable, « quand à la capacité personnelle selon la loi du lieu du con- « trat. » Il consentirait même à faire suivre les mots « de bonne « foi » de ceux-ci « et sans imprudence grave » [2]. Mais dans quel cas l'une des parties contractantes devra-t-elle être considérée comme ayant agi de bonne foi et sans imprudence grave? Tout va-t-il donc ici être laissé à la souveraine appréciation des tribunaux? Si oui, la porte est laissée grande ouverte aux contestations et aux procès, et l'utilité pratique de la règle se trouve être singulièrement comprise. Il faut l'éviter à tout prix. A notre avis, le seul système législatif donnant satisfaction aussi complète que possible aux données que dicte la raison, celui qui me paraît devoir s'imposer dans l'avenir à toutes les nations, et qui éviterait les écueils contre lesquels les autres viennent se briser, consisterait : 1° à déterminer la capacité de chacun d'après sa loi nationale, et 2° à ne faire échec à cette règle pour appliquer la loi locale que dans le cas où l'ordre public est intéressé, et dans celui où l'une des parties a commis un dol, s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses dans le but de faire croire à une capacité qu'elle n'avait pas.

Quoi qu'il en soit, et à côté de ce premier groupe de législations, qui, tout en paralysant à tort la plupart de ses conséquences logiques, acceptent le principe de nationalité, viennent se placer d'autres lois, formant un second groupe. Ces lois qui admettent la personnalité des règles qui régissent la capacité, s'attachent au domicile au lieu de tenir compte de la nationalité des individus.

Il en est ainsi particulièrement dans les pays allemands. Le

[1] *Annuaire de l'Institut de Droit int.* 1883, p. 49.

[2] *Rev. de Droit int.* 1888, p. 481, 482.

Digitized by Google

Code civil prussien, par exemple, après avoir dans le § 23 de son introduction décidé que la « qualité et la capacité personnelle « d'un individu sont jugées d'après les lois de la juridiction dans « le ressort de laquelle il a son domicile réel » fait dans son § 34 un renvoi à ce texte pour la détermination de la capacité des étrangers. Le § 35 ajoute qu' « un étranger qui contracte « dans les pays qui obéissent au Code prussien sur des objets « qui s'y trouvent, doit être jugé relativement à sa capacité de « contracter, suivant les lois qui favorisent le plus la validité de « la convention [1]. »

C'est une disposition du même genre qui se retrouve dans le § 35 du Code autrichien, aux termes duquel : « Un engagement « pris dans cet État par un étranger, et en vertu duquel il con- « fère des droits à des tiers, sans les obliger réciproquement « envers lui, sera jugé soit d'après le présent Code, soit d'après « la loi à laquelle l'étranger est soumis en sa qualité de sujet, « suivant que l'une et l'autre législation favorisent le plus la « validité de cet engagement [2]. » Il semble résulter des § 4 et 34 de ce Code, que sauf cette limitation la loi du domicile règle la capacité de l'étranger, tandis que la loi autrichienne, ce qui est illogique, continue à s'appliquer à la capacité de l'autrichien qui se trouve même domicilié en pays étranger [3].

Nous avons par avance critiqué le principe du domicile admis par ces législations, et la limitation qu'elles y apportent : il serait évidemment surabondant d'y insister à nouveau. Aussi bien est-il indéniable que ces idées qui peuvent invoquer en leur faveur la grande autorité de Savigny [4] et qui comptent encore à l'heure actuelle des défenseurs résolus [5], semblent devoir céder le pas en Allemagne au principe de nationalité qui y accentue de jour en jour ses progrès. En voici une preuve éclatante. La société allemande des juristes réunie en effet à Wiesbaden en septembre

[1] Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 57 et 58, note 2.

[2] Asser et Rivier, *op. cit.* p. 58, note 2.

[3] Weiss, *Journ. Droit int. privé*, 1888, p. 441, note 3, et Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 57.

[4] Savigny, *op. cit.*, t. VIII, § 363.

[5] V. *Rev. de Droit int.*, 1888, p. 482 et suiv.

Digitized by Google

1886, époque à laquelle elle a tenu son 18e congrès, a admis cette proposition que dans le cas de conflits de droit international privé, il y a lieu de préférer la loi nationale à celle du domicile dans les matières de capacité, d'état, de droit de famille et de succession [1]. Peut-être cette nouvelle règle admise déjà par la loi allemande sur le change, souhaitée par Mommsen [2], vigoureusement soutenue par de Bar [3], triomphera-t-elle dans le futur Code civil de l'Empire.

Il nous reste à parler d'un troisième groupe de législations. Ce sont celles de l'Angleterre et des États-Unis de l'Amérique du Nord. Les Cours d'Angleterre et d'Amérique ne connaissent et n'appliquent en principe que la loi territoriale. Tout au plus, mais par simple courtoisie internationale, est-il admis que l'on peut appliquer à l'étranger sa loi personnelle, si aucun intérêt national ne doit en souffrir [4].

[1] Weiss, *Journ. de Droit int. privé*, 1888, p. 441. note 2.

[2] *Archiv fur die civil. Praxis* (LXI, p. 152 et suiv.)

[3] Weiss, *Journ. Droit int. privé*, 1888, p. 441, note 2, et *Rev. de Droit int.*, 1888, p. 476 et suiv. — A une époque où il ne se prononçait pas encore pour la loi nationale mais bien pour celle du domicile, M. de Bar (*Das int. privat und strafrecht*, § 43, p. 139 et suiv.), suivant à ce point de vue l'opinion de Savigny (t. VIII, § 363), et s'inspirant de la doctrine réaliste de d'Argentré, qui tenta de s'introduire dans le droit moderne français (V. ci-dessus, p. 000), observait que les tiers, qui traitent avec une personne, peuvent connaître sa capacité générale, car les incapacités sont partout sensiblement les mêmes, tandis que ceux qui traitent au contraire avec une personne frappée d'une incapacité particulière sont excusables de l'ignorer. Il conviendrait donc d'admettre, disait-il, que les incapacités particulières doivent être renfermées dans les limites du territoire où commande le législateur qui les a établies. Je ne sais si à l'heure actuelle le savant jurisconsulte allemand persisterait dans cette solution. Elle me semble inadmissible, car les tiers qui peuvent être lésés par l'effet d'une incapacité spéciale, peuvent l'être également lorsqu'on leur oppose une incapacité générale, qu'il est parfois tout aussi difficile pour eux de connaître. Si l'on veut ne tenir compte que de leur intérêt, on doit aboutir logiquement à cette conséquence que nous avons combattue dans cette étude qu'il faut écarter le plus souvent l'application normale des règles du statut personnel.

[4] Sur la doctrine anglo-américaine : Story, § 7 et suiv., § 40 et suiv., § 100 et suiv., § 499. — Wharton, § 8, 87. Dicey, *The law of domicil as a branch of the law of England*. Westlake, *A treatise on private int. law*, § 149, 401, 402, Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 150. Phillimore, t. IV, p. 246

Digitized by Google

Les jurisconsultes anglo-américains, frappés des différences profondes qui séparent leur système de ceux qui sont en vigueur sur le continent européen essaient de le justifier en prétendant qu'il est seul respectueux du principe de souveraineté de chaque État. Puisque les États sont souverains et indépendants, l'application d'une loi étrangère sur un territoire ne se comprend pas, d'après eux, à titre de règle légale. Raisonner de la sorte, c'est méconnaître la vraie nature de la souveraineté nationale qui ne doit plus avoir de nos jours le caractère jaloux et exclusif qu'elle avait au moyen-âge et qui ne doit logiquement produire ses effets qu'en tant qu'elle exerce sa seule mission, qui est de sauvegarder les intérêts généraux de l'État. Cette souveraineté ne conduit donc nullement à exclure l'application des lois étrangères, quand il ne s'agit que du règlement d'intérêts privés.

Mais, disent parfois les juristes anglo-américains, si nous admettons chez nous l'application à titre légal des lois personnelles étrangères, nous devons aller logiquement jusqu'à sanctionner des lois contraires à nos mœurs et à notre civilisation. Certes, cette objection n'est pas sérieuse, et il suffit de faire remarquer pour l'anéantir qu'il est, dans chaque pays, des lois d'ordre public, qui doivent s'imposer à tous et devant lesquelles les législations étrangères doivent s'incliner. L'intérêt supérieur de l'État l'exigeant, l'idée de souveraineté apparaît aussitôt, impérieuse.

On reproche encore aux systèmes pratiqués sur le continent européen, en préconisant la personnalité des lois qui règlent notamment la capacité, de reculer jusqu'aux temps barbares. Répondons qu'on ne peut faire aucun rapprochement entre la personnalité absolue des lois aux temps barbares et la personnalité restreinte admise en droit international privé [1].

D'ailleurs, malgré l'influence féodale qu'ils subissent, les juristes anglo-américains, tout en se défendant contre elles, se lais-

et suiv. Harrisson, *Journ. Droit int. privé*, 1880, p. 417 et suiv. et 533 et suiv. — Aj. Asser et Rivier, *op. cit.*, p. 51, 52, note 1. p. 57. — Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 544 et suiv. — Weiss, *Traité élémentaire de Droit int. privé*, p. 557. — Despagnet, *Précis de Droit int. privé*, p. 306. — Durand, *Essai de Droit int. privé*, p. 231.

[1] Lainé, *Le Droit int. privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts. Journ. du Droit int. privé*, 1885, p. 132 et suiv.

Digitized by Google

sent de plus en plus gagner par les idées qui dominent sur le continent européen. Il y en a qui reconnaissent de nos jours la loi personnelle et font régir la capacité des individus par la loi de leur domicile. Il n'est plus inouï comme autrefois de voir des décisions judiciaires admettre cette solution, et un jurisconsulte anglais des plus éminents, M. Westlake, avoue que la jurisprudence et la doctrine anglaises ont désormais une tendance marquée à admettre le statut personnel des étrangers. C'est M. Westlake qui, lors de la session de l'Institut de droit international à Oxford [1] en 1880, s'est rallié au principe de nationalité, qu'il n'a pas abandonné depuis [2], pour la détermination de la loi personnelle. Mais il a reconnu en octobre 1882, dans un mémoire présenté à l'Association britannique pour l'avancement des sciences sociales, que l'admission de ce principe, en Angleterre, au lieu et place de celui du domicile pour fixer la capacité, n'était pas encore possible.

§ 3. — Influence sur la loi qui détermine la capacité d'un changement de nationalité ou de domicile.

Dans les législations qui règlent la capacité des personnes d'après leur loi nationale, on admet comme conséquence logique de ce principe, que le changement de nationalité entraîne mutation de capacité pour l'avenir. Lors donc qu'on aura à déterminer la capacité d'un individu qui aura changé de patrie, on lui appliquera désormais sa loi nationale nouvelle comme on lui appliquerait la seconde de deux lois de capacité qui viendraient à se succéder dans son pays, l'une abrogeant l'autre, s'il en était resté national ; c'est-à-dire que, conformément au principe de non rétroactivité des lois, il conviendra d'admettre que, dans notre hypothèse, les droits acquis antérieurement au changement de nationalité devront être respectés.

Mais une difficulté peut ici s'élever. Il peut arriver qu'un chef de famille change de nationalité sans qu'il en soit ainsi pour sa femme et ses enfants mineurs, parce que n'ayant pas sollicité en même temps que lui leur naturalisation à l'étranger, ils appar-

[1] *Rev. de Droit int.*, 1881, p. 70.

[2] *Rev. de Droit int.*, 1888, p. 476 et suiv.

Digitized by Google

tiennent à un pays, comme le nôtre, dont la législation n'admet pas que le changement de nationalité soit la conséquence de la naturalisation du chef de famille. Laquelle des deux lois, celle du père de famille ou celle de la femme et des enfants, fixera désormais leur capacité? La jurisprudence française [1] a décidé à diverses reprises que la préférence doit être donnée à la loi nouvelle du chef de famille. Il me paraît difficile de souscrire à cette solution. Qui ne voit en effet qu'elle n'aboutit à rien autre chose qu'à consacrer le même résultat pratique que celui qui devrait être accepté si la femme et les enfants avaient changé de nationalité par contre-coup de la naturalisation du chef de famille?

Dans la doctrine qui subordonne la capacité des personnes à la loi de leur domicile, cette difficulté ne se présente pas, car le changement de domicile de la part du chef de famille entraîne un changement analogue pour la femme et les enfants mineurs. Mais si cet inconvénient ne se produit pas, il en est un plus grave qui en résulte et dont il est facile de se rendre compte. Il va en effet, dans la doctrine du domicile, être permis au chef de famille de modifier au gré de son intérêt la condition juridique de sa femme et de ses enfants. Ces conséquences possibles sont telles que certains de nos vieux auteurs avaient essayé d'y remédier en proposant de rendre immuable cette condition. Ils la réglaient une fois pour toutes, soit par la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire par celle du premier établissement des époux après leur mariage lorsqu'il s'agissait de la femme, soit par la loi du domicile du père au moment de leur naissance lorsqu'il s'agissait des enfants [2]. Mais ce sont là des distinctions qui étaient bien loin d'être acceptées par tous [3], et qui n'ont plus guère de crédit de nos jours, où dans la doctrine du domicile, on s'attache généralement au domicile actuel avec toutes ses chances de variations. Il est bien plus rationnel d'appliquer, comme nous le proposons, la loi nationale de la femme et des enfants mineurs, et il nous semble permis, en

[1] Cass. 13 janvier 1873, S. 1873. I. 13. Cass. 14 mars 1877, S. 1878. I. 25. Note de M. Renault.

[2] Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, p. 30 et suiv.

[3] Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, ch. I, § 1, nos 13 et suiv.

Digitized by Google

terminant cette étude, de tirer de cette solution même un dernier argument, en faveur de la doctrine qui fait régir par leur loi nationale la capacité des personnes. F. SURVILLE

RAPPORT PRÉSENTÉ A LA COUR D'AIX, LE 29 DÉCEMBRE 1888, AU NOM DE LA COMMISSION[1] CHARGÉE D'EXAMINER LA PROPOSITION DE LOI RELATIVE AUX MARQUES DE FABRIQUE OU DE COMMERCE, AU NOM COMMERCIAL, A LA RAISON DE COMMERCE ET AU LIEU DE PROVENANCE,

Par M. Ern. Valabrègue, conseiller à la Cour d'Aix.

Monsieur le Premier Président,

Messieurs,

1. Le 15 novembre dernier, vous avez chargé une commission du soin d'étudier une proposition de loi, relative aux marques de fabrique ou de commerce, au nom commercial, à la raison de commerce et au lieu de provenance, déposée par M. Dietz-Monnin, sénateur, sur laquelle M. le Garde des Sceaux vous a invités à donner votre avis.

Je viens, en qualité de rapporteur, vous rendre compte aujourd'hui du résultat de l'examen auquel elle s'est livrée.

2. Avant d'aborder l'exposé, dans ses grandes lignes, du projet dont il s'agit, il me paraît indispensable d'indiquer les circonstances qui l'ont fait naître et les raisons qui l'ont inspiré.

Depuis quelques années déjà, le Sénat était saisi d'une propotion de loi sur les fraudes tendant à faire passer pour français des produits fabriqués à l'étranger ou en provenant.

La commission, à l'examen de laquelle elle avait été renvoyée, a très justement pensé qu'il ne fallait pas s'en tenir à cette œuvre isolée, que le moment était venu de procéder à la refonte complète d'une législation défectueuse et incohérente. C'est ainsi que le projet primitif s'est développé, s'est élargi et qu'il est devenu celui dont vous avez à vous occuper.

3. Il importe que, sans plus tarder, je place sous les yeux

[1] Cette commission était composée de MM. Valabrègue et Fassin, conseillers, de MM. Naquet, procureur général, et Célice, substitut.

Digitized by Google

de la Cour le tableau de la législation qui nous régit actuellement.

Deux lois sont relatives aux matières que nous avons à étudier. La 1re est celle du 28 juillet 1824; elle s'occupe du nom industriel, de la raison de commerce et du lieu de provenance.

La 2e, en date du 23-27 juin 1857, complétée par la loi du 26 novembre 1873, vise les marques de fabrique.

4. Ces lois ont donné lieu à de vives critiques. Ces critiques ne sont que trop fondées, ainsi que la Cour pourra facilement en juger par l'exposé que nous allons lui présenter.

Tout d'abord, les marques de fabrique et le nom commercial sont soumises à des règles essentiellement différentes, sans qu'aucun motif sérieux justifie une si profonde dissemblance. Leur emploi tend cependant au même but; le législateur ne leur doit-il pas, dès lors, une égale protection? Cette diversité est d'autant moins explicable, qu'une légère dénonciation sépare parfois le nom commercial ou marque nominale de la marque proprement dite ou marque emblématique. Le nom, quand il revêt une forme distinctive, caractéristique, échappe à la loi de 1824 pour tomber sous le coup de la loi de 1857; il se transforme alors en marque emblématique. Il en est de même de la raison sociale et du nom d'une localité. Il est impossible de comprendre pourquoi le législateur a réservé à ces deux sortes de marques un traitement si dissemblable.

Je rappellerai à la Cour les principales différences établies entre elles par les lois de 1824 et de 1857.

1° La loi de 1824 ne protège que le fabricant; la loi de 1857 protège, au contraire, le fabricant, le débitant, l'agriculteur.

2° L'action en contrefaçon d'une marque emblématique n'est recevable qu'après un dépôt préalable, fait au greffe du tribunal de commerce (art. 2 de la loi de 1857).

La loi de 1824 n'exige aucune condition de ce genre pour l'action en usurpation du nom commercial.

3° L'action civile est portée devant les tribunaux civils en matière de contrefaçon de marques emblématiques (art. 16 de la loi de 1857).

Elle doit être jugée par les tribunaux de commerce, quand il

Digitized by Google

s'agit de l'usurpation du nom commercial. La loi de 1824 étant muette sur ce point, on applique alors les règles du droit commun; en vertu de la théorie de l'accessoire, la juridiction consulaire est compétente par cela seul que le fait délictueux se rattache à l'exercice d'un commerce.

4° Contrairement à la loi de 1857, la loi de 1824 ne donne pas à celui dont le nom commercial a été usurpé, le droit, s'il s'agit de produits français, de faire constater le délit par un procès-verbal descriptif, avec ou sans saisie. Ce droit n'existe qu'en faveur des officiers de police judiciaire, en cas de poursuites correctionnelles; mais cette faculté n'appartient pas à la partie qui a recours à la voie civile.

5° Les délits atteints par les lois de 1824 et de 1857 ne sont pas punis d'une façon identique.

A. — Ainsi, la loi de 1824 punit de la même peine la contrefaçon et l'imitation frauduleuse du nom commercial.

La loi de 1857 (art. 7 et 8), beaucoup moins logique, punit plus sévèrement la contrefaçon que l'imitation frauduleuse.

B. — Les mêmes peines n'atteignent pas l'usurpation du nom commercial et la contrefaçon des marques emblématiques.

6° Enfin, quant aux étrangers, leur situation n'est pas la même. D'après l'art. 5 de la loi de 1857, les étrangers qui possèdent un établissement en France jouissent du bénéfice de cette loi, en remplissant la formalité du dépôt. Sous l'empire de la loi de 1824 et de celle du 30 novembre 1873, (art. 9), le nom commercial des étrangers n'est protégé que sous la condition d'une réciprocité diplomatique ou légale; peu importe qu'ils aient ou qu'ils n'aient pas un établissement en France.

5. Les différences que nous venons de signaler entre les lois de 1824 et de 1857 montrent, jusqu'à l'évidence, que cette partie de notre législation manque complétement d'harmonie et d'unité. Mais ce ne sont pas les seuls reproches qui puissen être adressés à ces lois; elles encourent encore d'autres critiques.

La loi de 1824 est une loi tout à fait rudimentaire; elle est muette sur bien des points.

Quant à la loi de 1857, elle est très incomplète également.

Digitized by Google

Elle n'organise pas d'une façon efficace le dépôt des marques dans un lieu central.

Elle a le tort très grave de n'entourer le dépôt d'aucune publicité. Elle met tout déposant dans l'impossibilité de savoir si un autre industriel n'a pas, avant lui, effectué le dépôt de la même marque.

En outre, elle n'assure pas à notre industrie nationale une protection suffisante.

6. Le projet de loi se propose de rétablir l'harmonie dans notre législation en assimilant, autant qu'il est possible, au point de vue des règles qui leur sont applicables, les marques emblématiques, le nom commercial, la raison de commerce, et l'indication du lieu de provenance.

Il a, de plus, pour but de combler les lacunes que présentent les lois de 1824 et de 1857.

Enfin, c'était là l'objet unique du premier projet déposé par M. Bozérian, il veut protéger, par des moyens énergiques, notre industrie nationale contre la fraude, qui cherche à faire pénétrer les produits étrangers sur notre marché, en leur donnant une apparence française.

7. Faisons connaître maintenant l'économie générale du projet.

Il comprend neuf titres et trente-neuf articles.

Le premier titre traite de la constitution et du droit de propriété des marques;

Le deuxième, du dépôt des marques et de ses formalités;

Le troisième, de la durée et de la validité des marques;

Le quatrième, du nom commercial, de la raison de commerce et du lieu de provenance;

Le cinquième, de la transmission;

Le sixième, des dispositions relatives aux étrangers;

Le septième, des pénalités;

Le huitième, des juridictions;

Le neuvième, des dispositions générales et transitoires.

8. Qu'il me soit permis d'adresser, en passant, au projet une légère critique.

Ne serait-il pas préférable, au point de vue de la simplification et de la clarté, de diviser le sujet en un nombre moins

Digitized by Google

grand de titres, qui seraient relatifs aux idées principales, autour desquels les développements viendraient se grouper sous forme de chapitres et de sections?

Du reste, l'ordre suivi par le projet de loi est-il bien logique? Le titre des pénalités devrait suivre, et non précéder, celui des juridictions qui les appliquent, et les dispositions relatives aux étrangers devraient être placées immédiatement avant les dispositions transitoires.

Après ces explications préliminaires, j'aborde la discussion du projet de loi.

9. Nous examinerons, dans une première partie, ce qui a trait aux marques de fabrique;

Dans une deuxième, les dispositions relatives au nom commercial, à la raison de commerce, et au lieu de provenance;

Dans une troisième, les dispositions générales et communes;

Dans une quatrième, les pénalités;

Dans une cinquième, les dispositions relatives aux droits des étrangers;

Dans une sixième, les dispositions transitoires.

Tel est l'ordre que nous allons suivre.

PREMIÈRE PARTIE.

Des marques de fabrique et de commerce.

TITRE 1er.

De la constitution et du droit de propriété des marques.

10. La Cour connaît le rôle que joue la marque, en matière de propriété industrielle. Qu'est-ce que la marque? Le projet de loi la définit dans ses art. 1, § 2 et 3 et 2 § 3. C'est le signe distinctif par lequel le fabricant ou le débitant révèle la provenance des produits qu'il met en vente. C'est le certificat d'origine de la marchandise, *son passeport,* ainsi que l'a fort bien dit M. le premier président de Couder[1]. Les marques se divisent en marques de fabrique et marques de commerce.

11. L'art. 2, § 4, qui reproduit la définition déjà donnée par l'art. 1er de la loi de 1857, ajoute à son énumération, qui est

[1] DICTION. DE DROIT COMM., *Marques de fabrique,* nº 21.

Digitized by Google

purement énonciative, les *étiquettes, formes caractéristiques, lisières, liserés, combinaison de couleurs, dessins, devises, pseudonymes, noms imaginaires, signatures.*

Par cette addition, le projet ne fait que consacrer des solutions puisées dans la doctrine et la jurisprudence.

12. Une observation doit être faite ici. Les noms imaginaires et les pseudonymes ne sont des marques que s'ils prennent une forme matérielle distinctive, originale. S'ils ne présentent pas ce caractère, ils peuvent constituer le nom industriel dans le cas où, par suite de l'usage, ils se sont incorporés à un individu et se sont substitués à son véritable nom.

13. La définition de la loi de 1857 ne vise que la marque servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce. Elle est complétée par l'art. 20 de la même loi, qui porte que ses dispositions sont applicables aux produits de l'agriculture.

La définition du projet de loi a une portée beaucoup plus générale; elle embrasse les produits d'une fabrique, d'une exploitation agricole, forestière ou extractive et les objets d'un commerce.

14. Le paragraphe dernier de l'art. 2 défend de faire entrer les décorations françaises dans la composition des marques.

On comprend aisément qu'il ne soit pas permis de transformer en réclame une distinction honorifique, qui est purement personnelle.

Aussi une circulaire de M. le Garde des Sceaux en date du 23 juin 1879 portait-elle déjà cette prohibition.

15. Les marques de fabrique ou de commerce sont facultatives, en principe (art. 2, § 1), comme elles le sont, sous l'empire de la loi de 1857.

Cette règle souffre cependant plusieurs exceptions, qui sont commandées par des considérations d'ordre supérieur ou d'intérêt public.

L'art. 2 § 2 porte que des décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique pourront rendre l'emploi de la marque obligatoire pour les produits qu'ils détermineront.

Digitized by Google

16. Nous avons dit, il n'y a qu'un instant, qu'il y a deux sortes de marques, la marque de fabrique et la marque de commerce. Il faut les séparer bien nettement, car le projet contient ici une innovation capitale. La marque de fabrique est la marque de l'industriel, qui crée le produit et le manufacture; la marque de commerce est celle du débitant, qui, recevant le produit déjà manufacturé, le livre au consommateur. Chacune de ces marques présente un égal intérêt. S'il est utile que l'industriel certifie l'origine de sa marchandise, il importe au même degré que le débitant garantisse, par une marque qui lui est propre, la pureté de ses produits, l'absence de toute fraude, de toute manipulation qui l'aurait altérée dans ses magasins.

17. La législation de 1857 avait compté sur l'usage fréquent de la marque de commerce.

Voici comment M. Rendu s'exprime à cet égard :

« L'extension de la marque de commerce, désirée et favorisée « par la loi nouvelle, sera peut-être le moyen le plus efficace de « prévenir les falsifications opérées dans la transmission de cer- « tains objets qui, livrés en bon état par le fabricant, proviennent « dénaturés au consommateur. Tout commerçant honnête peut « mettre sa maison à l'abri des soupçons de manipulation fraudu- « leuse en attachant à ses marchandises un signe par lequel il « prendra hautement la responsabilité de leur intégrité complète. « C'est là un moyen de crédit et, partant, de fortune, que nous « ne saurions trop recommander à l'attention des commerçants. »

18. Malheureusement, ce langage n'a pas été entendu, et tous les jurisconsultes regrettent profondément le discrédit qui frappe la marque de commerce.

Les auteurs du nouveau projet ont pensé qu'ils devaient la relever de l'abandon immérité dans lequel elle est tombée. Ils ont reproduit le principe de la dualité des marques déjà inscrit dans la loi de 1857; mais ils sont allés plus loin encore. Tout en laissant à la marque son caractère facultatif, ils ont imposé à celui qui recourt à ce moyen de désigner ses produits l'obligation expresse, rigoureuse, d'indiquer d'une façon apparente par les lettres M de F ou M de C s'il emploie la marque de fabrique ou la marque de commerce.

Digitized by Google

Telle est l'innovation consacrée par l'art. 1er.

19. Elle a rencontré, il est vrai, des adversaires. On a prétendu qu'exiger la mention dont nous venons de parler, c'était introduire dans nos usages commerciaux une complication, qui était de nature à amener des difficultés. Un fabricant peut être en même temps débitant. Ce cas sera d'autant plus fréquent, qu'aujourd'hui on tend à supprimer les intermédiaires pour lutter contre la concurrence et vendre à bon marché. On obligera donc cet industriel à avoir deux marques, l'une pour les produits de sa fabrication, l'autre pour les objets de son négoce.

Cette mesure offre-t-elle, du reste, une garantie sérieuse pour l'acheteur, qui peut ne pas se rendre un compte parfaitement exact de la mention, ne pas l'apercevoir, si elle est inscrite sur des objets d'un volume très restreint?

Enfin, on a invoqué dans ce sens l'exemple de l'Angleterre, qui n'a qu'une seule et unique marque qu'elle désigne par ces mots : *trade mark*.

20. Votre commission ne se dissimule pas la valeur de ces considérations qui ont pu impressionner de très bons esprits. Toutefois, après un mûr examen, elle croit devoir donner son assentiment à l'innovation proposée.

Cette innovation lui paraît être de nature à protéger de la façon la plus efficace tout à la fois l'intérêt du consommateur et celui de notre industrie nationale.

21. Par ce temps, où la fraude se multiplie, où elle a recours à toutes les formes, à tous les moyens pour tromper le consommateur, et pour lui faire accepter comme des produits purs et sans mélange des produits altérés, falsifiés, il est plus que jamais nécessaire de protéger le public contre de pareilles manœuvres. L'estampille apposée par le débitant honnête permettra de compter sur l'intégrité de la marchandise. Elle empêchera, de plus, le commerçant de vendre, comme siens, des produits fabriqués par un autre. A ce double point de vue, elle offrira un avantage sérieux pour le consommateur, qui sera renseigné exactement sur la nature de la garantie qui lui est offerte.

22. L'obligation de différencier les marques sera aussi une précieuse garantie pour notre industrie nationale. Elle empêchera le

Digitized by Google

débitant français de vendre, comme produits français, des produits fabriqués à l'étranger, alors même que leur fabrication serait son œuvre, et qu'ils auraient été manufacturés dans des usines lui appartenant, et situées hors de notre territoire.

Sans doute, si ces produits arrivent à la frontière, revêtus d'une mention tendant à faire croire qu'ils ont été fabriqués en France, l'art. 23, que nous verrons plus tard, exige qu'on y appose le mot : *importé*, pour indiquer leur origine étrangère.

Mais il est possible, tout d'abord, que la marchandise ne porte aucune mention, qui soit de nature à persuader qu'elle a été fabriquer chez nous; dans ce cas, l'art. 23 sera inapplicable, et la marchandise pourra pénétrer librement en France. Le fabricant français qui mettra ces produits en vente et qui voudra les revêtir de sa marque, devra certifier, par les lettres M de C, que ces produits ont une provenance étrangère, car la marque de fabrique est spécialement réservée aux produits de notre propre fabrication.

Supposons, au contraire, que la marchandise introduite en France, s'y présente dans des conditions qui rendent nécessaire l'apposition du mot : *importé*.

Dans ce cas, la mention dont il s'agit ne peut constituer une garantie suffisante qu'autant que la marchandise est livrée à la consommation telle qu'elle arrive, revêtue de ses enveloppes d'origine.

Si, en effet, elle est livrée en *vrac*, pour être détaillée ensuite, il serait loisible aux commerçants peu scrupuleux de la revêtir d'enveloppes nouvelles, portant une marque, dont la signification serait douteuse, et que l'acheteur prendrait le plus souvent, pour une marque de fabrication française. Les lettres M de C feront cesser toute incertitude. Il sera facile de savoir si le vendeur est, ou non, fabricant en France du produit qu'il offre, et la répression de la fraude sera aisément poursuivie.

23. Ces considérations ont paru décisives à votre commission. Elle ajoute que le principe de la dualité des marques fonctionne dans la législation du Chili, où elle a produit d'excellents résultats.

Elle croit toutefois devoir faire une observation. La distinction

Digitized by Google

faite par l'art. 1er du projet devrait accentuer cette idée, que la marque M de F est l'apanage exclusif de la fabrication française.

24. L'art. 3 porte que le droit de propriété de la marque ne s'étend pas au-delà du genre d'industrie ou de commerce pour lequel elle est déclarée ou employée.

Le projet de loi a cru devoir résoudre, par cette disposition, un point vivement controversé sur lequel la loi de 1857 était muette. On s'était demandé si lorsqu'un industriel, ou négociant avait déposé une marque, une autre personne pouvait s'en servir pour une autre industrie, un autre genre de commerce.

Le projet de loi tranche avec raison cette question dans le sens de l'affirmative. Les marques sont, en général, spéciales à tel ou tel produit; celui qui les possède n'en jouit qu'à l'égard de ses concurrents. Quel préjudice peut alléguer, du reste, celui dont la marque est usurpée par quelqu'un qui l'emploie dans un commerce, une industrie tout à fait différents des siens ? Ainsi, un fabricant de draps peut-il se plaindre de ce que sa marque a été prise par un parfumeur?

En accomplissant la formalité du dépôt, dont nous allons parler, l'industriel, le débitant doit déclarer le genre d'industrie pour lequel il entend employer sa marque. S'il s'agit d'un négociant, d'un débitant, ayant un négoce très varié, il devra faire connaître, à ce moment, pour quels produits il veut s'en servir.

TITRE II.

Du dépôt des marques et de ses formalités.

25. Malgré sa rubrique, ce titre ne traite pas seulement du dépôt des marques et de ses formalités; il s'occupe aussi de ses effets.

Il contient, soit au sujet des effets du dépôt des marques, soit au sujet des formalités à remplir pour l'effectuer, des innovations importantes, que nous allons rapidement parcourir.

Section Ire.

Du caractère et des effets publics.

26. Pour apprécier la portée des innovations du projet de loi, il est indispensable de jeter un coup d'œil sur la loi de 1857.

Digitized by Google

Sous l'empire de cette loi, la propriété d'une marque appartient au premier occupant. Elle n'est soumise, pour son acquisition et sa conservation, à aucune formalité particulière. L'art. 2 autorise, il est vrai, le dépôt de la marque. Mais ce dépôt, d'après l'opinion dominante, est simplement déclaratif, et non attributif de la propriété; il la révèle, au lieu de la créer, et assure à celui qui s'y est soumis des garanties spéciales.

Celui qui l'a fait jouit de précieux avantages.

Il a en sa faveur une présomption de propriété, un titre ayant date certaine, qui ne peut être détruit que par la preuve d'un droit antérieur au sien, un titre qui fixe, détermine l'étendue de son droit de propriété, de telle façon qu'aucune discussion n'est possible sur ce point.

Il a, non seulement l'action civile, mais aussi l'action correctionnelle pour faire respecter ses droits.

Le dépôt étant simplement déclaratif produit un effet rétroactif en sa faveur. Il peut, d'après les jurisconsulte les plus autorisés. agir, soit au civil, soit au criminel, pour les faits antérieurs à son dépôt, à la condition toutefois qu'ils soient postérieurs à la création de la marque.

Quant au propriétaire d'une marque, qui n'en a pas opéré le dépôt, il n'a que le secours du droit commun; il n'a à son service aucune action correctionnelle, et ne peut exercer vis-à-vis du contrefacteur que l'action en concurrence déloyale ou illicite fondée sur l'art. 1382 du Code civil.

27. Faisons connaître maintenant les changements apportés à cette législation par le nouveau projet, et résumons-les en quelques traits généraux.

Les auteurs du projet se rallient au système déclaratif. Ce système, qui a pour lui de puissantes considérations d'équité, est entré aujourd'hui dans nos mœurs. Il est consacré, du reste, par les législations qui se rapprochent le plus de la nôtre, celles de la Belgique et de l'Italie.

Toutefois, le dépôt ne sera pas à l'avenir purement déclaratif de propriété; il sera aussi attributif des actions.

Je m'explique.

Dorénavant, l'exercice de toute action, quelle qu'elle soit, civile

Digitized by Google

ou correctionnelle, sera refusé au propriétaire d'une marque qui n'en aura pas effectué le dépôt. Si cette formalité n'a pas été remplie, l'accès du prétoire lui sera absolument interdit, et il n'aura même pas à sa disposition le droit d'agir en vertu de l'art. 1382 du Code civil.

Le dépôt produira, par contre, au profit de celui qui s'y sera soumis des effets beaucoup plus énergiques, à certains points de vue, que ceux qui y sont attachés d'après la loi de 1857. Il donnera au propriétaire de la marque un titre, qui ne pourra plus être détruit par la preuve d'une simple possession antérieure de la part d'un tiers. Pour le faire tomber, un concurrent sera tenu d'établir qu'il a lui-même déposé sa marque.

Le débat sur la question de propriété ne pourra donc s'agiter à l'avenir qu'entre déposants. Mais lequel d'entre eux devra l'emporter dans ce conflit? Faudra-il s'attacher, pour résoudre cette question de priorité, à la date précise du dépôt, à l'indication des jour et heure où il aura été fait, ou, au contraire, devra-t-on uniquement rechercher quel est celui qui a la possession la plus ancienne, qui s'est approprié la marque, en qualité du premier occupant?

Le projet se prononce pour ce dernier parti, et consacre ainsi le système déclaratif.

Mais le déposant ne pourra plus toutefois, ainsi que nous le verrons dans un instant, atteindre les faits antérieurs au dépôt. A ce point de vue, le dépôt produira des effets moins énergiques que sous l'empire de la loi de 1857.

28. Telle est, messieurs, l'économie du projet sur le caractère et les effets du dépôt de la marque.

Votre commission avait à se prononcer sur le mérite de cette théorie.

Elle a cru devoir approuver le système proposé par le projet de loi.

Il y aurait un très grand inconvénient à voir coexister chez nous une foule de marques, dont les unes seraient déposées, et les autres ne le seraient pas, et qui produiraient toutes néanmoins des effets juridiques.

Obliger tous les propriétaires de marques, qui veulent jouir des

Digitized by Google

garanties de la loi, à remplir les formalités qu'elle exige, c'est établir dans cette partie de notre législation une uniformité désirable. En réglementant la propriété industrielle, le législateur a le droit incontestable d'indiquer les conditions moyennant lesquelles on pourra invoquer la protection qu'il accorde.

Les propriétaires de marques ne pourront se plaindre, s'ils sont désarmés. La loi leur laisse le soin de sauvegarder leur situation au moyen d'une formalité simple et peu coûteuse. Ils n'auront qu'à s'en prendre à eux-mêmes s'ils sont dépouillés de toute action.

Ce système est, du reste, celui qui a prévalu en Belgique et en Italie, où le principe déclaratif a triomphé, comme chez nous.

29. Et maintenant, passons à quelques critiques de pure forme. J'aurais désiré, pour ma part, que la pensée du législateur apparût avec plus de clarté, de précision. Le dernier paragraphe de l'art. 7 est surtout de nature à faire naître quelque obscurité.

Il porte que le seul emploi par un tiers d'une marque non déposée, fait de *bonne foi*, ne donne lieu à aucune action. Si on argumente *à contrario*, de ce texte, il en résulte que le propriétaire d'une marque non déposée aura la faculté de poursuivre les tiers de *mauvaise foi*. Ce qui est absolument contraire au principe inscrit dans l'art. 4, d'après lequel le dépôt seul est attributif des actions. Il y aurait donc lieu d'effacer ce paragraphe.

L'art. 7 s'exprime aussi de la façon suivante dans le paragraphe Ier :

« Celui qui, le premier, a fait l'usage d'une marque en a seul la propriété. »

Pour faire disparaître une contradiction même apparente entre ce texte et celui de l'art. 4, il faudrait mettre :

« *Entre les déposants*, celui qui le premier, etc. »

30. Une observation se place ici. Pour donner la priorité à un déposant, le projet s'attache très justement à un usage *public* antérieur. Un usage clandestin ne suffirait donc pas. Ce changement a pour but de résoudre un point qui avait été tranché dans un sens contraire par la jurisprudence.

Digitized by Google

Section II.

Formes du dépôt.

31. Sous l'empire de la loi de 1857 (art. 2), le dépôt de deux exemplaires du modèle de la marque est fait au greffe du tribunal de commerce. L'un des exemplaires est collé sur un registre-album, tenu à cet effet.

Le greffier est tenu, dans les cinq jours, d'adresser l'autre exemplaire au ministre du commerce, qui le fait parvenir au Conservatoire des Arts-et-Métiers, où doit se trouver un dépôt central, et où tous les intéressés sont admis à faire des recherches.

Le greffier dresse le procès-verbal du dépôt, dans l'ordre des présentations, sur un registre timbré, coté et paraphé par le président. Ce procès-verbal mentionne le jour et l'heure du dépôt, les nom et prénoms du propriétaire de la marque et, s'il y a lieu, ceux de son procureur fondé, enfin la description sommaire de la marque.

Il porte un numéro d'ordre, lequel est répété sur les deux exemplaires, ainsi que la date du dépôt, le genre de commerce ou d'industrie auquel la marque est destinée, les nom, profession et domicile du propriétaire de la marque.

Enfin, un répertoire alphabétique facilite les recherches des tiers.

Tel est le mécanisme de la loi actuelle.

32. Les auteurs du projet ont estimé que ces mesures étaient insuffisantes.

D'après le rapport de M. Dietz-Monnin, les greffiers des tribunaux de commerce oublient plus d'une fois de transmettre ou ne transmettent que très tardivement l'exemplaire, qui doit être déposé au Conservatoire national des Art-et-Métiers. Les intéressés ne peuvent se livrer à aucune recherche utile pour savoir si une autre personne n'a pas pris, avant eux, telle ou telle marque. Aucun avis ne les prévient.

33. Le projet de loi vient remédier à ces inconvénients en exigeant :

1° Le dépôt des marques dans un lieu central, qui serait déterminé par un réglement d'administration publique, et où tous

Digitized by Google

les intéressés pourraient prendre connaissance des marques déposées (art. 4 et 5);

2° La publication, dans un délai de dix jours, dans une feuille officielle affectée à la propriété industrielle;

3° Le dépôt de trois exemplaires du modèle de la marque. La loi de 1857 n'en exige que deux. Il y a là un inconvénient sérieux. Le déposant ne reçoit actuellement du greffe que l'expédition du procès-verbal, donnant la description sommaire et plus ou moins exacte de la marque. En cas de contestation sur les éléments qui la constituaient, les parties sont obligées de faire relever des fac-similés, certifiés conformes, des marques déposées.

L'un des trois exemplaires sera affecté au dépôt central. Le second doit constituer le titre du propriétaire de la marque, et le troisième est destiné à être produit en justice, afin que le déplacement des registres constatant les dépôts ne fasse pas obstacle aux recherches des tiers.

34. Votre commission ne peut qu'applaudir à l'idée émise par les auteurs du projet de loi.

Elle vous propose seulement un mode d'exécution différent. Il consiste à perfectionner le système actuel, en y ajoutant une large publicité.

A un dépôt qui serait fait dans un endroit unique, à Paris, la commission préfère deux dépôts : l'un qui serait fait, comme par le passé, au greffe du tribunal de commerce; l'autre qui serait ensuite fait par le greffier, dans un lieu central, dans un délai de cinq jours. Pour assurer l'exécution rigoureuse de cette obligation, il serait bon d'édicter contre les greffiers négligents une amende de 100 à 500 fr. sans préjudice de tous dommages-intérêts.

Ce système offre plusieurs avantages. Il a celui de laisser tout près des intéressés le lieu de dépôt, de leur éviter des déplacements ou des formalités gênantes. Il est, du reste, très énergiquement défendu par les tribunaux et les chambres de commerce.

Ce double dépôt, semblable à celui des actes de l'état civil, présente ensuite des garanties beaucoup plus sérieuses, au point de vue de la conservation des documents qui le constituent. Ces

Digitized by Google

documents sont des titres importants, qui constatent une propriété, dont dépend parfois une fortune. N'est-il pas utile de diminuer les chances d'incendie qui peuvent les atteindre?

La commission maintient, comme le projet, la nécessité de trois exemplaires. Ils sont exigés par la plupart des législations étrangères.

Les délais pour la publication courront à partir de la réception au bureau central. Il y aura là un retard de quelques jours; mais il sera largement compensé par les avantages que nous venons de signaler.

Un règlement d'administration publique fixera de quelle manière devra s'exercer le contrôle vis-à-vis des greffiers des tribunaux de commerce, pour les amener à remplir scrupuleusement leurs obligations.

35. Le propriétaire d'une marque ne sera pas tenu d'indiquer s'il dépose une marque de fabrique ou une marque de commerce. Le projet exige cette distinction pour l'usage de la marque, et non pour son dépôt. Un fabricant peut devenir, en effet, débitant depuis son dépôt, et *vice versa;* il peut aussi joindre à sa qualité de fabricant celle de débitant.

36. Quant aux produits, qui peuvent être l'objet du dépôt, l'art. 7 § 2 s'explique à cet égard en disant que la nature du produit ne pourra faire obstacle au dépôt de la marque. Peu importe donc que la marque s'applique à un objet illicite, dont le commerce est prohibé par la loi. La propriété de la marque est distincte de celle du produit; elle est protégée, dans tous les cas.

Ce paragraphe ne fait que donner sa consécration à la doctrine et à la jurisprudence.

37. L'art. 5 § 5 et 6 est relatif à la question de savoir si les fonctionnaires préposés au dépôt des marques ont un contrôle à exercer, et quelle est l'étendue de ce contrôle.

La loi de 1857 a gardé le silence sur ce point, qui avait fait naître quelques difficultés, notamment dans le célèbre procès Raspail.

Raspail avait déposé une marque qui, dans sa pensée, devait s'appliquer, non à un seul produit pharmaceutique, mais à plu-

Digitized by Google

sieurs; aussi comportait-elle un vide pour recevoir les inscriptions de divers médicaments qu'il viendrait à créer.

Le ministre crut devoir annuler cette marque, parce qu'elle s'appliquait à des remèdes secrets, prohibés par la loi, et ensuite, parce qu'elle était incomplète à raison du vide qui existait dans sa composition.

L'arrêté ministériel fut déféré au Conseil d'État. A l'appui du pourvoi, on fit valoir ces motifs, que les tribunaux civils étaient les seuls juges de la quesion de savoir si un dépôt était régulier ou ne l'était pas, que le greffier, et, au-dessus de lui, le ministre, n'avaient plus rien à demander au déposant, dès qu'il s'était conformé aux prescriptions de la loi et qu'il avait remis les deux exemplaires dans la forme matérielle et avec les dimensions exigées par le règlement d'administration publique.

Ces considérations prévalurent, et la décision ministérielle fut annulée par un arrêt du Conseil d'État du 23 janvier 1863.

38. Ce sont ces principes qui ont été consacrés par le projet de loi. Il a cru devoir repousser le système de l'examen préalable. Ce système aurait eu le grave inconvénient de laisser à un fonctionnaire le soin de résoudre des questions parfois fort délicates, dont les appréciateurs naturels sont les tribunaux ordinaires. On ne peut exiger logiquement du fonctionnaire préposé au dépôt qu'une vérification purement matérielle.

39. Votre commission donne son adhésion à ce système. Elle supporte toutefois une restriction.

Elle a été touchée des dangers que pourrait présenter la publicité donnée à des marques, qui seraient contraires aux bonnes mœurs. Ces dangers sont encore plus à craindre de nos jours, où ce genre de scandale ne recule devant aucune audace, où il brave effrontément tous les regards. Faudra-t-il permettre à une marque, qui offrirait ce caractère, de prendre sa place dans une feuille officielle, et de circuler impunément jusqu'à ce qu'une décision de justice l'ait fait disparaître? Ne serait-il pas préférable de prévenir le mal avant qu'il ait été fait, et de donner aux magistrats du parquet, dont la vigilance n'est jamais en défaut, le moyen d'empêcher que cette publicité ne porte à la morale une atteinte irréparable?

Digitized by Google

En se plaçant à ce point de vue, votre commission vous propose d'ajouter au projet une disposition, d'après laquelle le conservateur du dépôt central devrait signaler, dans un délai très court, au parquet du domicile du déposant les marques qui lui paraîtraient contraires à l'ordre public. La publication serait suspendue, l'intéressé avisé. Le ministère public devrait agir dans un délai très bref pour demander, s'il y a lieu, la nullité du dépôt. Passé ce délai, la publication serait de droit. En cas d'opposition à la publication, les effets du dépôt se produiraient néanmoins du jour où il aurait été effectué, si l'opposition n'était pas admise par le tribunal.

40. Il ne nous reste plus, pour clore ce titre, qu'à nous occuper d'une innovation apportée par le projet de loi relativement à l'exercice des actions conférées au propriétaire de la marque. Sous l'empire de la loi de 1857, celui-ci peut, dès que le dépôt est effectué, mettre en mouvement les actions qui lui appartiennent, et atteindre même, au moyen de leur exercice, les faits antérieurs à cette formalité.

Le projet de loi, plus équitable, suspend en principe, par l'article 6 § 2, l'exercice des actions *correctionnelles* pendant un délai de 10 jours qui suit la publication. Cette période d'inaction forcée s'élèvera au maximum à 20 jours, en ajoutant à ce délai celui de 10 jours dans lequel la publication doit être faite. Le projet veut donner aux tiers de bonne foi, qui ont été prévenus par la mise en demeure générale dont ils ont été l'objet, le temps de se mettre en règle et d'éviter les poursuites qui pourraient être dirigées contre eux.

Le déposant ne pourra, de plus, atteindre, au moyen de son action, que les faits postérieurs à l'expiration de délai de 10 jours, pendant lequel toute action est suspendue.

41. Cette disposition aurait pu toutefois se retourner contre le déposant, s'il avait été obligé, dans tous les cas, d'attendre, pour agir, l'expiration de ce délai. Le contrefacteur pourrait mettre à profit cette période d'inaction imposée au propriétaire de la marque, pour répandre ses produits et causer à ce dernier un préjudice irréparable. Dans cette hypothèse, le déposant pourra arrêter la contrefaçon en exerçant immédiatement une action en

Digitized by Google

revendication. Cette action équivaudra à une mise en demeure spéciale; elle produira tous les effets de la mise en demeure générale, résultant de la publication du dépôt.

42. Nous approuvons le projet sur ce point. Nous désirerions seulement, en premier lieu, qu'il fût bien indiqué dans le texte, que, pendant le délai de 10 jours, dont il parle, l'exercice de *toute action, même civile,* sera interdit au propriétaire de la marque; en second lieu, qu'un simple acte extrajudiciaire, une sommation produisît les mêmes effets qu'une action en revendication.

TITRE III.

Durée et validité des marques.

43. Ce titre n'arrêtera pas longtemps votre attention.

L'art. 8 porte que le dépôt est valable pour quinze ans, mais qu'il peut être indéfiniment renouvelé. Il peut être annulé, soit *par la volonté du déposant,* soit par autorité de justice.

Cet article ajoute à la loi de 1857 en permettant la radiation *volontaire* du dépôt. C'eût été pousser trop loin la sévérité que de défendre à un contrefacteur d'anéantir de son plein gré sa marque, et d'échapper ainsi aux poursuites du légitime propriétaire.

44. L'art. 9 porte qu'en cas de non-renouvellement du dépôt, la marque ne tombera définitivement en déchéance et ne deviendra libre qu'après une période de deux ans. C'est là une innovation fort sage, qui donne aux propriétaires négligents le temps de se mettre en règle. S'ils restent inactifs, leur silence aura la valeur d'une renonciation.

45. Rien de particulier à dire pour le 2e paragraphe de l'art. 9, ni pour les art. 10 et 11.

D'après l'art. 9, les numéros des marques dont le dépôt n'aura pas été renouvelé à l'expiration du délai de quinze ans, seront portés à la connaissance du public par avis inséré dans la feuille officielle affectée à la propriété industrielle.

L'art. 10 porte que les registres contenant les marques déposées seront publics et pourront être consultés au moyen d'un catalogue tenu constamment à jour.

Le dépôt contrat sera tenu de délivrer à toute personne qui le requiert une expédition de l'acte de dépôt.

Digitized by Google

L'art. 11 attache la peine de la nullité du dépôt à l'inobservation de l'art. 1, § 4, relatif aux mentions M de F ou M de C, de l'art. 2, § 4, qui prohibe de faire entrer une décoration française dans l'emploi d'une marque et de l'art. 4, concernant les formalités matérielles du dépôt.

DEUXIÈME PARTIE.

Du nom industriel, de la raison de commerce et du lieu de provenance.

46. Nous passons au titre 18 du projet, qui correspond à cette partie de notre sujet.

Nous avons signalé déjà, dans le préambule de ce rapport, les profondes différences qui séparent, au point de vue des règles qui leur sont applicables, la marque emblématique du nom industriel, de la raison de commerce et du lieu de provenance. Nous avons indiqué les critiques auxquelles elles avaient donné lieu.

Le projet de loi s'efforce de soumettre à un régime uniforme ces éléments divers de la propriété industrielle, et de rétablir ainsi l'harmonie dans cette partie de notre législation.

Dans quelle mesure, dans quelles limites convient-il de consacrer cette assimilation, qui est juste en principe, et qui s'impose à tous les esprits ? C'est ce que vous aurez, messieurs, à apprécier.

Section Ire.

Du nom industriel et de la raison de commerce.

47. Je ne m'arrêterai pas à l'art. 13, qui définit le nom commercial et la raison de commerce. Je me bornerai à faire remarquer que, comblant une lacune de la loi de 1824, qui ne s'occupe que des fabricants, le projet vise, par la généralité de ses termes, tout *commerçant, industriel, producteur et exploitant.*

C'est là une première innovation qu'il suffit de signaler et d'approuver.

48. Mais j'arrive à un point beaucoup plus délicat, et qui mérite toute votre attention.

Après avoir posé, dans l'art. 13 § 1er, le principe que la pro-

Digitized by Google

priété d'un nom commercial ou d'une raison de commerce appartient à celui qui le premier en a fait usage, le projet les soumet l'un et l'autre à la nécessité d'une déclaration préalable, qui sera faite au dépôt central, conformément à l'art. 5.

Cette déclaration recevra la même publicité que le dépôt des marques.

A défaut de déclaration, l'ayant-droit ne pourra invoquer que la disposition de l'art. 1382 du Code civil.

C'est là une innovation d'une grande importance, car sous l'empire de la loi de 1824, qui nous régit à l'heure actuelle, l'action tendant à réprimer l'usurpation du nom commercial ou de la raison de commerce n'est pas subordonnée à la formalité d'un dépôt ou d'une déclaration préalable.

49. Le rapport de M. Dietz-Monnin précise, dans les termes suivants, la portée de ce changement, en ce qui concerne le nom industriel :

« Certes, dit-il, cet article ne peut faire supposer un instant « qu'il puisse être permis d'accaparer tel nom, et de donner à « celui qui en a usé le premier, et après déclaration, un droit « de propriété exclusive portant sur le nom même. Ce serait « fouler aux pieds les principes d'inviolabilité et d'inaliénabilité « de la propriété des noms; et l'on pourrait peut-être aller « jusqu'à dire que cela constituerait une entrave à la liberté du « commerce. Une pareille innovation serait contraire aux sen- « timents de la commission.

« Le droit exclusif, dont il est ici question, porte, non pas « sur le nom considéré en lui-même, mais sur son aspect. C'est « le droit au nom tel qu'il a été déclaré. En conséquence, un « homonyme conservera d'une manière absolue la propriété « inviolable de son nom patronomyque; mais, s'il veut en faire « un usage commercial, dans une même industrie ou dans un « même commerce, pour écarter les causes d'erreur si préju- « diciables à tous égards, il devra distinguer son nom de celui « de son concurrent établi avant lui, on le faisant précéder ou « suivre de toutes mentions propres à repousser toute confu- « sion. »

50. Le rapport invoque, en faveur de la nécessité d'une dé-

Digitized by Google

claration, les avis donnés spontanément sur le projet de M. Bozérian par diverses compagnies, l'extrême utilité qu'il peut y avoir à particulariser les noms, afin de prévenir toute espèce d'erreur de la part des tiers, et enfin, les raison générales et d'uniformité qui militent en faveur de l'assimilation du nom industriel aux marques emblématiques.

51. Cette assimilation, toutefois, ne saurait, d'après le projet, être absolue, parce que la convention internationale de 1883 sur la protection de la propriété industrielle s'y oppose. Le défaut de déclaration ne saurait entraîner la perte de toutes les actions, comme en matière de marques. Il laissera intact le recours au droit commun, à l'art. 1382 du Code civil.

Cette solution est commandée, dit-on, par l'art. 8 du traité de 1883. Cet article porte que le nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'union, *sans obligation de dépôt,* qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce. Si le défaut de déclaration avait été sanctionné par la non-recevabilité de toute espèce d'actions, cet article eût été manifestement violé à l'égard des étrangers appartenant aux pays avec lesquels la France a stipulé. Mais il n'en est rien, au contraire, du moment que le non-accomplissement de cette formalité n'enlèvera aux étrangers que le bénéfice des actions spéciales organisées par le projet, et ne les empêchera pas de recourir à la protection du droit commun. L'art. 8 dit, il est vrai, que le nom commercial sera protégé, *sans obligation de dépôt;* mais il ne dit pas comment et dans quelle mesure il le sera.

Les étrangers qui se trouveront dans ces conditions auront d'autant moins à se plaindre, qu'ils auront une situation absolument égale à celle des Français, qui n'auraient pas fait de déclaration.

On respecte ainsi, assure-t-on, non seulement l'art. 8 de la convention de 1883, mais encore son art. 2. Cette dernière disposition donne aux sujets de chacun des états contractants la jouissance, dans tous les autres états de l'union, pour les marques et le nom commercial, des avantages que les lois respectives accordent ou accorderont par la suite aux nationaux, et elle ajoute qu'ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours

Digitized by Google

légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées aux nationaux pour la législation intérieure de chaque état.

52. Votre commission adhére, sans hésitation, au projet relativement à la raison de commerce. Il n'y a pas, à ses yeux, de motif plausible, qui puisse l'affranchir de la nécessité d'une déclaration. La raison de commerce est, en effet, presque toujours une dénomination de fantaisie, qui sert à désigner un établissement, par exemple, les grands magasins du Louvre, le Printemps, le Bon-Marché. C'est une dénomination créée par celui qui s'en sert ou recueillie par lui dans le domaine public, et qui devient de sa part l'objet d'une appropriation personnelle, exclusive. En bonne logique, rien ne doit s'opposer à ce que, pour prévenir toute atteinte portée à ses droits, il notifie aux tiers sa prise de possession, à ce qu'il manifeste d'une façon non équivoque sa volonté de rester seul maître de la dénomination dont il s'est emparé.

53. Mais, tout en approuvant le projet pour la raison commerciale, la commission est d'un avis différent en ce qui concerne le nom industriel.

Qu'en est-il tout d'abord du nom patronymique, dont se compose le plus souvent le nom industriel? Le nom patronymique est une propriété d'un espèce particulière. Il personnifie au plus haut degré l'individu. Il ne dépend pas du choix de celui qui le porte; il lui est imprimé par le fait de sa naissance. Il est antérieur à son industrie, à son commerce. C'est une propriété certaine, invariable; chacun entend s'en réserver la jouissance exclusive. Quel serait le but d'une déclaration ou d'un dépôt? L'usurpateur peut-il être un instant de bonne foi? Les tiers ont-ils besoin qu'on leur notifie que tel ou tel nom est la propriété d'autrui?

On ne comprend l'utilité d'une déclaration, d'un dépôt que si le nom patronymique revêt une forme matérielle distinctive, emblématique, s'il devient, en un mot, une marque.

L'assimilation que l'on voudrait établir entre le nom industriel et les marques de fabrique ou de commerce est absolument contraire, d'après nous, à la nature des choses. Aussi les jurisconsultes les plus autorisés estiment-ils qu'on ne peut exiger le dépôt d'un

Digitized by Google

nom. Tel est l'avis de M. le Premier Président de Couder[1], de M. Pouillet[2].

C'est également celui de M. Lyon-Caen, l'éminent professeur de la Faculté de droit de Paris, qui, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*[3], réclame cependant avec ardeur une assimilation entre les marques emblématiques et les marques nominales.

L'innovation proposée offrirait, au surplus, de grands inconvénients dans la pratique. Comment arriverait-on à différencier les nombreux homonymes qui existent dans telle ou telle industrie, tel ou tel commerce, surtout si on s'attache, non seulement à la grande industrie, au grand commerce, mais à l'industrie et au négoce plus modestes? Ne serait-on pas exposé à tomber dans des complications excessives? Ne vaut-il pas mieux laisser aux tribunaux le soin de protéger ce genre de propriété, en prescrivant toutes les mesures qui leur paraîtront nécessaires pour éviter la confusion entre des noms semblables?

54. Toutes les raisons que nous venons de donner s'appliquent au nom patronymique. Mais, que doit-on décider si on est en présence d'un nom industriel, qui est différent du nom de famille, tel par exemple, que cette dénomination : *les Chartreux, les Bénédictins?* On comprend, à la rigueur, qu'on pût exiger le dépôt pour cette dénomination, qui est le résultat d'une pure fiction. Mais il y aurait alors à se demander si une telle solution serait conforme, sinon au texte littéral, du moins à l'esprit de la convention internationale de 1886.

Dans tous les cas, si on admet que la solution proposée par le projet de loi se concilie avec ce traité, en ouvrant, à défaut de déclaration, l'action fondée sur l'art. 1382, ne faut-il pas reconnaître que notre législation serait etrangement inconséquente, qu'elle encourrait le reproche qui était adressé naguère à la loi du 1857, en laissant coexister des noms commerciaux, auxquels une protection différente serait réservée, suivant qu'ils auraient été ou n'auraient pas été déclarés?

[1] *Dictionnaire de droit comm., nom industriel,* n° 25.

[2] Marques de fabrique n° 435.

[3] 1878, p. 693.

Digitized by Google

Il est des limites où doit s'arrêter l'assimilation que l'on cherche à réaliser. Nous pensons que, de même que l'indication du lieu de provenance, celle du nom industriel doit échapper d'une manière absolue à la nécessité d'une déclaration préalable.

Nous rédigerions ainsi l'article 13 :

« L'exercice de toute action pour atteinte portée *à la raison*
« *de commerce* est subordonné à une déclaration préalable effec-
« tuée dans les conditions prescrites à l'art. 5.

« La publication en est faite conformément aux prescriptions
« du § 1er de l'art. 6 et sous la sanction du § 2e du même article. »

Section II.

Du lieu de provenance.

55. Arrivons maintenant à l'indication du lieu de provenance, qui fait l'objet de l'art. 14. Cet article a pour but d'atteindre une fraude très commune de nos jours, qui consiste à vendre des produits en leur donnant une origine mensongère.

Nul n'aura le droit d'inscrire sur ses produits le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication.

Le projet définit le lieu de fabrication; c'est celui qui donne au produit sa renommée.

56. L'art. 14 donne, par exception, à celui qui a plusieurs établissements le droit d'apposer le nom de son établissement principal sur les produits fabriqués pour lui ou pour son compte dans une autre localité française.

Le projet vise les hypothèses suivantes :

a. Un industriel possède plusieurs usines dans un rayon déterminé autour du lieu de fabrication, afin de pouvoir produire à bon marché et de lutter contre la concurrence. Certains produits sont ébauchés dans les unes, et terminés dans les autres.

b. Ou bien encore, un industriel possède dans divers endroits, quelquefois très éloignés les uns des autres, des usines d'où sortent des articles similaires.

Dans ces deux hypothèses, il est équitable, dit-on, de permettre à cet industriel, d'apposer sur ses produits le nom de son établissement principal, à la condition toutefois qu'il s'a-

Digitized by Google

gisse de produits fabriqués en France, car la loi ne protège que l'industrie nationale.

57. Nous estimons, pour notre part, qu'il n'y a pas lieu de maintenir cette faculté, qui ouvre une porte trop grande à la fraude. Ainsi, voilà un producteur de vins de Champagne qui a à Reims son principal établissement. A la faveur de l'exception posée par le projet de loi, il pourra acheter des raisins dans le Midi, et, après les avoir manipulés ou non dans cette région, les vendre comme vins de Champagne.

58. La doctrine et la jurisprudence nous paraissent avoir prévu les difficultés que fait naître l'indication du lieu de provenance, dans le cas où il s'agit de produits qui exigent un concours d'opérations diverses, qui ne peuvent se faire toutes dans le même endroit.

Supposons un fabricant qui fait exécuter à la campagne, et dans un rayon voisin de son établissement principal, sis en ville, une partie des opérations de sa fabrique. Le rapporteur de la loi de 1824 à la Chambre des pairs estimait que le fabricant pourrait apposer sur ses produits le nom de la ville où il était domicilié.

Pour les vins, on s'est demandé également si, pour déterminer le lieu de fabrication, il fallait s'attacher au lieu où le raisin a été récolté, ou à celui où il a été transformé en vin, dans le cas où ces lieux sont différents. La doctrine et la jurisprudence ne considèrent très justement que le lieu où la récolte a été faite.

Il est préférable, croyons-nous, d'effacer une exception dangereuse et de laisser, comme par le passé, aux tribunaux le soin de résoudre ces questions dans leur sagesse.

59. Rien à dire au sujet des art. 15, 16 et 17, qui méritent d'être approuvés. Ils sont ainsi conçus :

« Art. 15. — La propriété du nom commercial et de la raison de commerce est distincte de la propriété particulière d'un nom employé sous une forme distinctive à titre de marque, dans les termes de l'art. 2 de la présente loi.

« Art. 16. — Nul ne peut se servir du nom d'un tiers pour la désignation d'un produit, à moins que, par la volonté de ce tiers, ce nom soit devenu la désignation nécessaire et usuelle de ce produit.

Digitized by Google

Dans ce cas, celui qui se sert d'un tel nom, doit y joindre les mentions, indications ou signes suffisants pour empêcher toute confusion sur l'origine du produit.

« Art. 17. — Nul ne peut exercer une industrie ou un commerce ou entreprendre une exploitation soit sous une raison de commerce, soit sous un nom commercial, déjà employés dans la même industrie, le même commerce ou la même exploitation, sans les différencier manifestement de manière à éviter toute confusion. »

TROISIÈME PARTIE.

Dispositions générales ou communes.

60. Nous groupons, sous cette rubrique, plusieurs dispositions éparses dans le projet de loi, et qui offrent ou peuvent offrir un caractère de généralité.

Elles ont trait :

1° A la transmission;

2° Aux personnes auxquelles appartient l'action ;

3° A la juridiction compétente ;

4° Au mode de constatation de la fraude.

Examinons séparément les dispositions relatives à chacun de ces points.

Section Ire.

De la transmission.

61. Ce point fait l'objet du titre V et de l'art. 18.

Cet article décide que la marque est l'accessoire forcé, nécessaire d'un établissement, l'un des éléments essentiels de l'achalandage, et qu'elle ne pourra être cédée qu'avec le fonds lui-même.

A la marque il assimile le nom industriel et la raison de commerce.

La transmission n'aura d'effet à l'égard des tiers, d'après l'art. 18, § 3, qu'après le dépôt et la publication d'un extrait de l'acte qui la constatera, dans les formes prescrites pour le dépôt de la marque, la déclaration du nom commercial ou de la raison de commerce.

Le nom commercial serait, si on adoptait l'avis que nous avons

Digitized by Google

formulé il n'y a qu'un instant, affranchi complétement de ces formalités.

Section II.

Des personnes auxquelles appartient l'action.

62. L'art. 24 s'explique à cet égard.

Il donne l'action à toute partie intéressée, même au consommateur trompé, et comble sur ce point une regrettable lacune des lois antérieures.

Il prévient une controverse, en attribuant formellement le droit d'agir aux syndicats professionnels régulièrement constitués.

63. L'art. 24 aurait dû, pour être plus complet, indiquer en premier lieu, que l'action pourra être exercée d'office, en matière correctionnelle, par le ministère public. C'est là, du reste, un droit qui lui est reconnu par la doctrine. Il en est autrement, il est vrai, en matière de contrefaçon de brevet, où il ne peut agir que sur la plainte de la partie lésée. Mais cette différence s'explique. Quand il s'agit de la contrefaçon d'un brevet, c'est l'intérêt privé qui est surtout en jeu, tandis qu'ici, c'est l'intérêt public qui domine.

Section III.

De la juridiction compétente.

64. La Cour se rappelle que, sous l'empire de la législation actuelle, l'action civile qui tend à la répression des atteintes portées à la propriété des marques est portée devant les tribunaux ordinaires, tandis que celle qui a pour objet l'usurpation du nom commercial, de la raison de commerce et du lieu de provenance, est de la compétence des tribunaux consulaires.

Il y a là une diversité inexplicable, que le projet ne fait nullement cesser.

Par l'art. 32, il consacre la compétence des tribunaux civils uniquement pour les actions civiles relatives *aux marques*. Celles qui servent à protéger le *nom industriel, la raison de commerce et le lieu de provenance*, restent donc sous l'empire du droit commun ; elles continueront à être portées devant les tribunaux de commerce.

Digitized by Google

N'y a-t-il pas là une erreur involontaire de la part des auteurs du projet de loi? Après avoir poursuivi, dans des limites qui nous ont semblé exessives, l'assimilation entre les matières régies par les lois de 1824 et de 1857, n'ont-ils pas un peu oublié les vues dont ils s'étaient inspirés, en laissant subsister de pareilles divergences?

65. Quant à nous, nous généraliserons la question de compétence, et nous nous demanderons quelle est la juridiction, qui, en bonne règle, devrait statuer sur les litiges privés naissant de l'application du projet de loi.

Il nous paraît bien difficile de donner compétence, dans tous les cas, à une juridiction unique.

La compétence des tribunaux civils soulève de bien graves objections. La plupart des questions qui se rattachent aux marques, au nom industriel, à la raison de commerce, au lieu de provenance, sont au plus haut degré des questions commerciales. Telle avait été, en 1857, la première pensée de notre législateur lui-même. Aussi, malgré la loi, la plupart des procès relatifs aux marques sont-ils jugés, avec le consentement des parties, par les tribunaux de commerce.

D'un autre côté, la compétence de la juridiction consulaire ne saurait être établie d'une manière absolue. Les contestations dont il s'agit peuvent intéresser des individus qui ne sont pas négociants et s'appliquer à des opérations, qui sont complétement étrangères au commerce. On ne saurait évidemment forcer des agriculteurs, vendant leur produits, des propriétaires de mines d'eaux minérales, à poursuivre leurs actions devant un tribunal de commerce.

Pour toutes ces raisons, il serait préférable, à notre avis, de se référer au droit commun. La juridiction compétente serait, tantôt la juridiction civile, tantôt la juridiction commerciale, suivant les personnes et les opérations qu'il s'agirait de protéger.

Si l'affaire est portée devant le tribunal civil, elle sera jugée comme affaire sommaire.

66. L'art. 32 ajoute qu'en cas d'action intentée par la voie correctionnelle, si le prévenu soulève pour sa défense des questions relatives à la propriété *de la marque*, le tribunal de police

Digitized by Google

correctionnelle statuera, *sans que la sentence à intervenir puisse constituer la chose jugée sur la question de propriété.*

Cette disposition nous suggère deux critiques :

a. Il faudrait étendre l'hypothèse prévue par le projet au cas où il s'agit de poursuites relatives à la propriété *du nom industriel, de la raison de commerce, de l'indication du lieu de provenance.*

b. Nous désirerions, contrairement au projet, que la décision rendue par le tribunal correctionnel sur l'exception de propriété eût au civil l'autorité de la chose jugée. La doctrine et la jurisprudence admettent aujourd'hui que le juge civil ne peut remettre en question ce qui a été décidé au criminel. Du reste, le système contraire exposait à de choquantes contradictions qui avaient été déjà signalées par M. Bédarride [1]. Comment peut-on supposer, par exemple, que lorsqu'un tribunal correctionnel aura jugé que deux marques ne se ressmblent pas, un tribunal civil ait le droit de décider le contraire? Cela nous paraît inadmissible; aussi proposons nous la modification dans ce sens de l'art. 32.

Section IV.

Mode de constatation de la fraude.

67. Les art. 33 et 34, reproduisant dans une certaine mesure, les dispositions des art. 17 et 18 de la loi de 1857, donnent au propriétaire de la marque la faculté d'obtenir la constatation de la contrefaçon, en faisant dresser par huissier un procès-verbal descriptif, avec ou sans saisie, des produits délictueux.

Les art. 33 et 34 ne s'occupent que du propriétaire *de la marque.* C'est là un oubli; il faut évidemment généraliser ces dispositions, et les étendre à tous les cas prévus par l'at. 25.

68. L'art. 33 indique que le procès-verbal aura lieu en vertu d'une ordonnance du Président du tribunal civil ou du juge de paix du canton.

Pour éviter des difficultés qui pourraient naître avec notre système sur la compétence, nous voudrions que cette ordonnance fût toujours rendue par le juge de paix. Le justiciable connaîtrait ainsi immédiatement, et sans hésitation possible, quel est le magistrat auquel il doit s'adresser.

[1] Marques de fabrique, n° 972.

Digitized by Google

69. L'art. 34 oblige, sous peine de nullité du procès-verbal, le requérant à se pourvoir, par voie civile ou correctionnelle, dans le délai de 15 jours.

Il ajoute à la loi de 1857 une disposition fort sage, qui a pour but de déjouer une manœuvre très fréquente.

A peine la saisie est-elle faite, que les contrefacteurs intentent une action civile en nullité de la saisie et entravent ainsi les poursuites dirigées contre eux.

Pour prévenir de pareils agissements, l'art. 34 dispose que, pendant le délai de 15 jours, le saisi ne pourra se pourvoir à fins civiles pour faire prononcer la mainlevée ou la nullité de la saisie.

70. L'art. 35 est entièrement nouveau. Il résout un point, qui avait fait l'objet d'une difficulté devant le tribunal de commerce de la Seine, en donnant aux intéressés le droit de faire constater par huissier, dans les endroits dont l'accès est ouvert au public, les fraudes commises, sans qu'une ordonnance préalable soit nécessaire.

QUATRIÈME PARTIE.

Pénalités.

71. Les pénalités font l'objet du titre VI du projet de loi.

Il apporte plusieurs innovations qu'il importe de signaler.

Les lois de 1824 et de 1857 atteignent de peines corporelles les délits qu'elles visent. La première permet aux juges d'appliquer un maximum d'emprisonnement s'élevant à 1 an; la seconde porte ce maximum à 3 ans.

72. Les auteurs du projet ont cru devoir supprimer la peine de l'emprisonnement, sauf le cas de récidive.

Ils s'appuient sur ces considérations, que la peine corporelle est hors de proportion avec les délits qu'il s'agit de réprimer et que les magistrats ont une extrême répugnance à la prononcer.

Il vaut mieux, disent-ils, frapper plus sévèrement le délinquant dans ses biens et dans sa considération, en élevant le chiffre de l'amende, en rendant l'affichage obligatoire, dans certains cas, en donnant aux juges le moyen d'allouer des dommages-intérêts, qui soient une ample réparation du préjudice

Digitized by Google

causé, et enfin en écartant l'application de l'art. 463 du Code pénal.

73. Ces innovations sont-elles heureuses? Votre commission craint que la suppression, en principe, de la peine corporelle n'ait pour résultat d'énerver et d'affaiblir la répression. Sans doute, cette peine est rarement prononcée. Mais n'est-il pas utile de la maintenir, ne serait-ce que pour donner aux juges le pouvoir de l'appliquer dans certains cas exceptionnels? N'est-elle pas de nature, du reste, si on la laisse inscrite dans nos codes, à exercer une influence salutaire sur ceux qui seraient tentés de se livrer à la fraude? Est-il bien opportun de la supprimer aujourd'hui, où la lutte pour l'existence est si ardente, où la concurrence est tentée trop souvent de recourir à des moyens déloyaux? L'intérêt public n'exige-t-il pas une certaine sévérité? Enfin, n'y aurait-il pas quelque anomalie à effacer ici la peine de l'emprisonnement, alors qu'elle subsiste dans l'art. 423 du Code pénal, qui régit certains délits très voisins des nôtres?

Par tous ces motifs, votre commission vous propose de maintenir l'emprisonnement comme peine facultative.

74. Passons à l'analyse rapide des articles.

L'art. 25 punit certains faits d'une amende de 100 à 10,000 fr. [1].

[1] « Art. 25. Sont punis d'une amende de 100 à 10.000 francs :

« 1° Ceux qui ont usurpé ou contrefait, soit tenté d'usurper ou de contrefaire une marque, un nom commercial ou une raison de commerce;

« 2° Ceux qui ont frauduleusement apposé sur leurs produits ou les objets de leur commerce, une marque, un nom commercial ou une raison de commerce appartenant à autrui;

« 3° Ceux qui ont sciemment vendu, mis en vente ou détenu un ou plusieurs produits revêtus d'une marque, d'un nom commercial, d'une raison de commerce contrefaits ou frauduleusement apposés;

« 4° Ceux qui, sans contrefaire servilement une marque, un nom commercial, une raison de commerce, en ont fait une imitation frauduleuse de nature à tromper l'acheteur, ou ont fait sciemment usage d'une marque, d'un nom commercial ou d'une raison de commerce frauduleusement imités;

« 5° Ceux qui ont fait usage d'un nom portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature ou la provenance du produit;

« 6° Ceux qui ont sciemment vendu, mis en vente ou détenu un ou plu-

Digitized by Google

Les six premiers paragraphes reproduisent les art. 7 et 8 de la loi de 1857, dont ils étendent l'application au nom commercial, à la raison de commerce et au lieu de provenance.

Le paragraphe 1er atteint, non seulement la contrefaçon, mais la tentative de contrefaçon ou d'usurpation, qui est actuellement impunie.

Les paragraphes 1 et 4, assimilent à la contrefaçon l'imitation frauduleuse.

Le paragaphe 7 atteint ceux qui ont employé des mentions ou locutions captieuses de nature à tromper l'acheteur sur la nature ou la provenance du produit, telles que celles-ci : façon de... système de... procédé de..., etc.

Il transforme en loi une solution donnée par arrêt de cette Cour en date du 20 mars 1879.

Le dernier paragraphe oblige le vendeur, le débitant d'objets portant des marques délictueuses à fournir, lorsqu'ils en auront été requis par huissier, des renseignements sur le nom, l'adresse, de ceux qui leur ont vendu ces produits, le prix, l'époque de la livraison.

Cette disposition donne aux débitants le moyen d'établir leur bonne foi, et au propriétaire de la marque celui d'atteindre plus sûrement le contrefacteur.

Toutes ces innovations méritent d'être approuvées.

sieurs produits revêtus d'une marque, d'un nom commercial ou d'une raison de commerce frauduleusement imités, ou portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature ou la provenance du produit; ne sont pas considérées comme illicites les mentions en langues étrangères non contraires aux prescriptions de la présente loi;

« 7° Ceux qui, contrairement aux prescriptions de l'art. 16, ont fait un usage illicite des mentions façon de..... système de..... procédé de..... à la..... imité de..... imitation de....., ou toutes autres locutions captieuses propres à tromper l'acheteur sur la nature ou la provenance du produit;

« 8° Ceux qui, ayant mis en vente ou reçu en dépôt une ou plusieurs marques déclarées délictueuses par les paragraphes précédents, un ou plusieurs produits revêtus de telles marques, auront refusé de fournir par écrit au propriétaire de la marque, après en avoir été requis par ministère d'huissier, des renseignements sur le nom et l'adresse de celui ou de ceux qui lui ont vendu ou procuré lesdits produits, le prix, l'époque de la livraison et toutes autres circonstances propres à faciliter la poursuite. »

Digitized by Google

75. L'art. 26 prononce, à raison de certains faits, une amende de 50 à 1,000 fr. [1].

Les paragraphes 1, 2 et 4 de cet article reproduisent les trois premiers de l'art. 9 de la loi de 1852.

Le troisième sanctionne l'obligation d'apposer à côté de la marque les mentions M de F ou M de C.

Le 5e, qui est nouveau, atteint ceux qui, pour inspirer confiance au public, inscrivent sur leurs produits ou leurs papiers la mention mensongère que la marque a été déposée.

76. L'art. 27 met, conformément à la doctrine, la preuve de la bonne foi à la charge du prévenu.

77. L'art. 28 vise le cas de récidive.

78. L'art. 29 innove en rendant, par son paragraphe 2, l'insertion et l'affichage obligatoires en cas de condamnations *correctionnelles*.

Que veut dire le projet? Toutes les peines édictées par les art. 25 et 26 sont *correctionnelles*, puisque leur minimum est de 50 fr.

Nous proposons de rendre l'insertion et l'affichage obligatoires dans les cas, relativement plus graves, prévus par l'art. 25, et facultatifs dans ceux qui sont visés par l'art. 26, à moins qu'il n'y ait récidive.

79. Les art. 30 et 31 méritent de nous arrêter quelques instants.

L'art. 14 de la loi de 1857 porte que la confiscation des objets indûment revêtus d'une marque pourra, même en cas d'acquittement, être prononcée par le tribunal, ainsi que celle des instru-

[1] « Art. 26. Sont punis d'une amende de 50 à 1.000 francs :

« 1° Ceux qui n'ont pas apposé sur leurs produits une marque déclarée obligatoire;

« 2° Ceux qui ont vendu, mis en vente ou détenu un ou plusieurs produits ne portant pas la marque déclarée obligatoire pour cette espèce de produits;

« 3° Ceux qui auront contrevenu aux prescriptions du dernier paragraphe de l'article premier;

« 4° Ceux qui auront contrevenu aux dispositions des décrets rendus en exécution du deuxième paragraphe de l'article 2 de la présente loi;

« 5° Ceux qui auront, mensongèrement et dans une intention frauduleuse, inscrit sur leurs marques ou papiers de commerce, une mention tendant à faire croire que leur marque a été déposée. »

Digitized by Google

ments et ustensiles ayant spécialement servi à commettre le délit. Les produits confisqués pourront être remis au propriétaire de la marque contrefaite ou frauduleusement apposée ou imitée, indépendamment de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. Le tribunal devra, dans tous les cas, prescrire la destruction des marques délictueuses.

80. Le projet supprime, en principe, la confiscation. Il ne la maintient plus qu'à titre exceptionnel, dans deux hypothèses.

En dehors de ces deux hypothèses, il la remplace par la destruction de la marque et celle de l'objet qui en est revêtu, si la marque en est inséparable.

81. On se prévaut des considérations suivantes :

La confiscation ne serait justifiée, dans notre matière, par aucune nécessité, par aucune raison.

En effet, quel est l'intérêt du plaignant? C'est d'obtenir la supression du corps du délit. Or, si en matière de contrefaçon de brevet d'invention, le corps du délit consiste dans le produit lui-même, ici, au contraire, c'est uniquement la marque, ou les autres mentions illicites dont le produit est revêtu. Il suffit donc, pour arrêter le délit, d'ordonner la destruction de cette marque, de ces indications, à moins qu'elles ne soient inséparables du produit, lorqu'il s'agit, par exemple, de couteaux, de savons. Dans ce cas, les produits eux-mêmes seront détruits.

La confiscation se comprend encore moins, quand elle frappe un innocent, ainsi que la loi de 1857 permet de le faire. La confiscation est une peine, qui figure en cette qualité dans l'art. 11 du Code pénal, et il est inique de la prononcer contre un individu qui n'a commis aucun délit.

Dira-t-on que la confiscation est un mode de réparation pour le plaignant? On répond que le projet permet de lui allouer d'équitables dommages-intérêts, en donnant aux tribunaux le droit d'ordonner la communication des livres de commerce du prévenu.

82. Le projet maintient néanmoins la confiscation dans deux hypothèses :

1° Lorsqu'une marchandise est introduite en France, contrai-

Digitized by Google

rement aux disposition de l'art. 23. Deux raisons justifient cette exception.

a. On atteint alors la marchandise, puisqu'on ne peut atteindre l'importateur.

b. On ne pourrait laisser circuler en France des produits dont l'entrée est prohibée.

La confiscation s'impose donc.

2° Le projet maintient encore la confiscation, quand il s'agit d'un individu qui n'a pas apposé sur ses produits la marque obligatoire, ou qui les a vendus, mis en vente ou détenus non revêtus de cette marque, ou qui n'a pas apposé l'une des marques, M de F, M. de C.

La confiscation pourra être prononcée si, dans les cinq années antérieures, le prévenu a été déjà condamné pour l'un de ces faits. Il y a alors une atteinte portée à l'ordre public, qui justifie la confiscation au profit du trésor.

83. Votre commission ne croit pas devoir adopter complétement le système du projet de loi. Elle s'y rallie seulement en ce qui concerne la suppression du pouvoir donné aux tribunaux de prononcer la confiscation contre un individu acquitté. Les raisons invoquées sur ce point lui paraissent décisives. Mais elle refuse d'aller aussi loin que le projet, en la supprimant, en principe, en cas de condamnation.

En la déclarant facultative, la loi de 1857 lui paraît avoir été fort sage et avoir tenu compte de toute les exigences. En matière de contrefaçon de brevet d'invention, le corps du délit étant l'objet lui-même, la confiscation était nécessaire; elle a été déclarée *obligatoire*. Ici au contraire, où le corps du délit est différent, elle a été maintenue comme une simple *faculté*. Il ne faut pas oublier, en effet, que si cette mesure est une peine, elle présente en même temps le caractère d'une réparation civile. Or, le dédommagement le plus équitable, le seul pratique dans certains cas, pourrait être la restitution du produit du délit à l'industriel lésé. Il ne faut pas enlever aux tribunaux le droit de l'ordonner.

Sous ces réserves, la commission approuve les autres mesures proposées par le projet.

Digitized by Google

CINQUIÈME PARTIE.
Dispositions relatives aux étrangers.

84. Cette partie correspond au titre VI.

Le projet règle, dans les art. 19 à 22, la situation des étrangers et des Français ayant des établissements situés hors de France. Dans l'art. 23, il édicte une véritable loi de police ou de douane à l'égard de certains produits venant de l'étranger.

Section Ire.
Situation des étrangers et des Français établis à l'étranger.

85. Le projet les soumet à un régime uniforme, et efface les différences résultant des lois de 1824 et de 1857.

L'art. 19, reproduisant l'art. 5 de la loi de 1857, assure le bénéfice de la loi, moyennant l'accomplissement des formalités qu'elle prescrit, aux étrangers qui possèdent en France des établissements.

L'art. 20, § 1er, consacrant les dispositions de l'art. 6 de la loi de 1857 et de la loi du 26 novembre 1873, fait également profiter de la loi les étrangers et les Français, dont les établissements sont situés hors de France, sous la condition d'une réciprocité résultant des traités ou des lois intérieures.

86. Le déposant, d'après l'art. 20, § 2, est tenu de faire *élection de domicile à Paris, et de se soumettre à la juridiction du tribunal civil de la Seine* pour toutes actions relatives aux dépôts effectués par lui ou en son nom.

Quel est le but de cette disposition ? C'est de permettre, dit-on, à un Français qui plaide contre un étranger de ne pas subir les inconvénients d'un procès qu'il soutiendrait hors de son pays, et de lui donner la faculté de traduire l'étranger devant un tribunal de France.

Mais, à ce point de vue, cette disposition nous paraît inutile.

En effet, l'art. 14 du Code civil donne au Français le droit de citer l'étranger, même non résidant en France, devant un tribunal français pour l'exécution des obligations contractées vis-à-vis de lui, soit en France, soit en pays étranger.

Digitized by Google

Peu importe que ces obligations naissent d'un contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.

En matière personnelle, l'étranger défendeur pourra être traduit devant le tribunal de sa résidence, s'il en a une, sinon, devant les juges du domicile du demandeur.

On se demande, dès lors, quelle est l'utilité de l'élection de domicile imposée à l'étranger, puisque l'art. 14 protège déjà le Français par ses dispositions.

Mais il y a plus; en obligeant l'étranger à faire élection de domicile à Paris, le projet crée une entrave gênante pour l'exercice des droits du Français. Voit-on un Français, habitant l'extrémité de notre territoire, obligé d'aller porter son action devant le tribunal civil de la Seine? Quelle source pour lui d'ennuis, d'embarras, de déboursés?

La disposition de l'art. 20 entraînerait, en outre, de très grands inconvénients pratiques. Tout le monde sait combien est surchargé le rôle du tribunal civil de la Seine. Est-il opportun d'ajouter à cet encombrement en lui donnant juridiction pour des cas qui seraient fort nombreux?

Pour toutes ces raisons, votre commission vous propose le rejet de l'innovation inscrite dans l'art. 20.

Le paragraphe dernier de l'art. 20, les art. 21 et 22 ne méritent aucune observation.

Section II.

De l'introduction en France de marchandises portant des mentions françaises.

87. Le législateur a dû se préoccuper de la protection due à notre industrie nationale, et de la concurrence déloyale que les produits étrangers viennent lui faire sur notre marché, en y pénétrant grâce à des apparences mensongères d'origine française.

88. La loi de 1857 avait déjà songé à ce danger, et son art. 19 était relatif à cet ordre d'idées.

Sortant du cadre qu'elle s'était tracé, et qui n'avait pour objet que les marques emblématiques, elle vise l'introduction en France des produits étrangers portant, soit la marque, soit le nom d'un fabricant résidant en France, soit l'indication d'un nom

Digitized by Google

ou d'un lieu de fabrique française. Ces produits, d'après l'art. 19, sont prohibés à l'entrée, exclus du transit et de l'entrepôt. Ils pourront être saisis et confisqués, en quelque lieu que ce soit, soit à la diligence de l'administration des douanes, soit à la requête du ministère public ou de la partie lésée.

89. Cet article a fait naître quelques difficultés, qui montrent l'insuffisance de la loi.

1° Il ne s'occupe que des produits *fabriqués*. On s'est demandé s'il protégeait, non seulement le fabricant, mais encore le simple débitant.

2° On s'est posé également la question de savoir s'il y a délit, lorsque les produits étrangers revêtus de la mention prohibée ont été expédiés en France, sur l'ordre et avec le consentement d'un industriel français. Ce point a donné lieu à deux circulaires ministérielles contradictoires des 8 juin 1864 et 26 février 1886. La doctrine et la jurisprudence sont incertaines. Cependant la négative tend à prévaloir. Elle a été consacrée par un arrêt de la Cour suprême du 9 avril 1864 (D. P. 1864, 1, 194). Il ne saurait y avoir, dit-on, aucun délit dans ce fait. Ce que la loi a voulu frapper, c'est l'usurpation commise au préjudice d'un fabricant; celui-ci n'est pas fondé à se plaindre d'un acte auquel il a consenti, et qu'il a facilité par son concours.

3° La loi de 1857 atteint notamment des produits portant l'indication du nom ou du lieu d'une *fabrique française*.

Les tribunaux hésitent souvent à trouver ces éléments dans les affaires qui leur sont soumises.

Le délit est plus d'une fois écarté, soit parce que la localité, dont le nom a été apposé sur les marchandises, n'est pas un centre de fabrication renommé pour les produits dont il s'agit, soit parce qu'on ne voit dans cette mention qu'une simple réclame et l'adresse de la maison de vente.

90. Le projet de loi a voulu assurer une protection plus efficace à notre industrie nationale.

Par l'art. 23, il s'est proposé d'atteindre tous produits étrangers, portant une marque, un nom, ou une mention de nature à faire croire qu'ils ont été fabriqués en France, notamment le nom d'un lieu ou d'une région de fabrication française, ou le nom

Digitized by Google

d'une localité semblable à celui d'une localité française, comme Vienne ou Valence.

91. Pour que le consommateur soit exactement renseigné sur la véritable origine de ces produits, ils devront être accompagnés de la mention *importé*, et, quand la confusion est possible pour le nom d'une localité, soit de cette mention, soit de l'indication complète du lieu d'origine. Ainsi, les mots : Valence, Vienne, devront être suivis, le premier de celui-ci : Espagne, le second du mot : Autriche, ou bien tout simplement, de cette formule : *importé*.

Les marchandises, qui ne porteraient pas ces indications, seront, dit l'art. 23, prohibées à l'entrée, exclues de l'entrepôt, saisies et confisquées.

92. Le projet met un terme aux controverses qu'avait soulevées l'interprétation de l'art. 19 de la loi de 1857.

Il s'applique à tous les produits étrangers, et protège indistinctement le débitant aussi bien que le fabricant.

93. Il frappe la fraude, alors même que les produits auraient été expédiés *sur l'ordre et le consentement* de l'industriel résidant en France. Au-dessus de l'intérêt de cet industriel il y a l'intérêt du public, du consommateur, il y a l'intérêt de notre industrie nationale, que l'on doit préserver de tout atteinte. La participation et la connivence de l'industriel français ne sauraient effacer le délit.

94. En outre, les exigences de l'art. 23 s'appliquent à toute mention de nature à faire croire que les produits venant de l'étranger sont d'origine française. Il faut que la marchandise se montre sous son véritable jour, qu'elle ne puisse emprunter des formes mensongères et tromper le public sur sa provenance.

95. Il est utile de faire remarquer que, contrairement à la loi de 1857, le projet permet le *transit* de la marchandise portant des mentions non conformes aux prescriptions de l'art. 23.

Des considérations d'un ordre supérieur ont dicté cette solution.

Le transit est pour notre pays une source de richesses, de revenus, et il serait souverainement imprudent de le limiter, au moment où d'autres nations nous le disputent et font tant d'efforts pour nous l'enlever.

96. Votre commission adhère complétement aux innovations contenues dans l'art. 23 du projet. Elles lui paraissent éminem-

Digitized by Google

ment sages, et protectrices au plus haut degré des intérêts de nos nationaux.

Elle croit néanmoins devoir adresser, au paragraphe dernier, une légère critique. Ce paragraphe, qui reproduit malencontreusement la disposition de l'art. 19 de la loi de 1857, s'exprime ainsi :

« Le délai dans lequel *l'action prévue par le présent article* « devra être intentée,.... »

Or, c'est là une erreur. L'art. 23 ne prévoit aucune action.

Il faudrait modifier ainsi l'article :

« La saisie sera nulle, si elle n'est, dans le délai de deux mois, « suivie d'une demande en justice introduite à la requête, soit du « ministère public, soit de la partie civile. »

SIXIÈME PARTIE.

Dispositions transitoires.

97. Les art. 36 à 39 ne méritent aucune observation.

98. Nous voici arrivés, Messieurs, au terme de ce rapport. Nous n'avons pu, à notre grand regret, que parcourir très rapidement la matière si vaste, si délicate que nous avions à étudier.

Aussi n'avons-nous pas la prétention d'apporter à la Cour un commentaire complet et détaillé. Nous n'aurions pu le faire, du reste, sans dépasser les limites de la tâche qui nous avait été assignée.

En jetant un coup d'œil d'ensemble sur le projet de loi, nous pouvons dire, sous la réserve des quelques critiques que nous lui avons adressées, qu'il réalise un progrès incontestable par rapport aux législations antérieures. Cette œuvre s'imposait plus que jamais aujourd'hui, où l'industrie et le commerce ont pris un si rapide essor, où, grâce à la facilité des communications et au triomphe des doctrines du libre-échange, les relations sont devenues si fréquentes entre les peuples. Des besoins nombreux ont surgi de tous côtés. Nos codes ne sauraient rester plus longtemps en arrière. Il est indispensable de les mettre au plus tôt en harmonie avec cette situation économique. Une réglementation nouvelle doit assurer aux intérêts privés aussi bien qu'à notre industrie nationale la juste protection qui leur est due contre les entreprises de la fraude. ERNEST VALABRÈGUE.

Digitized by Google

DE L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 857 DU CODE CIVIL,

Par M. L. Zéglicki, docteur en droit,
juge d'instruction au tribunal de première instance de Mauriac (Cantal).

Le législateur, au titre des successions *ab intestat*, chapitre VI, section II, indique trois sortes de rapports possibles en matière de partage d'une hérédité, savoir : 1° le rapport des dons ; 2° celui des legs ; 3° enfin le rapport des dettes.

Dans l'art. 857 du Code civil, il explique que le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier et qu'il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.

Quel est le sens de ce texte : « le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier »? De quel rapport s'agit-il? est-ce du rapport des libéralités seulement que le législateur entend parler, ou au contraire entend-il parler à la fois et du rapport des libéralités et du rapport des dettes?

Pour résoudre cette question, il faut être bien fixé sur la nature du rapport des dettes ; ce rapport est un mode de paiement qui consiste à imputer la dette de celui qui s'y trouve obligé sur la part qu'il prend dans la masse à partager.

Lebrun, dans son *Traité des successions* liv. III, chap. VI, sect. II, n° 7, a défini l'utilité de ce genre de rapport de la manière suivante : « Si un héritier, disait-il, n'était pas forcé de prendre en paiement de ses droits dans la succession la créance entière du défunt contre lui, cette créance se diviserait entre tous les héritiers, chacun d'eux pour sa part subirait la chance de l'insolvabilité de l'héritier débiteur; cette insolvabilité survenue, les héritiers évincés par ce fait d'une valeur comprise dans leur lot, auraient un recours en garantie contre l'héritier débiteur. Il est donc logique d'arriver au même résultat par un chemin plus simple et plus court, c'est-à-dire de contraindre l'héritier à imputer sa dette sur sa part. »

Aussi, sous l'ancienne jurisprudence la théorie du rapport des dettes, à cause des avantages qu'elle procure, avait-elle été généralisée, elle était appliquée en matière de partage, soit que les copartageants fussent des héritiers *ab intestat*, soit qu'ils fussent de simples successeurs aux biens, par exemple des associés, (voir Pothier, *Contrat de société*, n° 167).

Digitized by Google

Cette doctrine doit-elle être suivie de nos jours? nous n'hésitons pas à le penser, ce qui prouve en effet que les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu innover en cette matière, c'est qu'ils déclarent le rapport des dettes applicable comme autrefois non seulement au partage d'une hérédité (art. 829 du Code civil), mais encore au partage d'une communauté entre époux (article 1469, Code civil), enfin au partage d'une société (art. 1872, Code civil); en un mot lorsque des indivisaires procèdent à un partage. Que conclure de là sinon que l'art. 857 du Code civil n'a trait qu'au rapport des libéralités? Est-ce à un cohéritier que la libéralité est faite, elle est soumise au rapport; est-ce à une personne autre qu'un cohéritier, elle n'est pas rapportable; tel est le sens et la portée du texte en question. Toute autre interprétation conduirait à dire que le législateur qui a établi la règle du rapport des dettes pour maintenir l'égalité des partages y a apporté une dérogation injustifiable et tout à fait contraire à l'équité pour le cas où des donataires, des légataires ont un patrimoine à se diviser soit entre eux, soit avec des héritiers.

Mais que décider si le gratifié est un simple successeur à titre particulier, est-il tenu ou non du rapport des dettes. Une distinction est nécessaire; lui a-t-on transmis la totalité d'un objet particulier de l'hérédité, il n'est pas tenu du rapport des dettes, car il n'a rien à partager; l'a-t-on gratifié au contraire d'une quote-part d'un objet particulier, alors il est indivisaire, et par suite il est tenu au rapport de sa dette envers la succession du *de cujus*, au moment où s'effectue le partage, il a qualité pour prendre part à celui-ci, il est en un mot copartageant.

Supposons que le bénéficiaire de la libéralité soit appelé à recueillir non une pleine propriété, mais une quotité d'usufruit, *quid juris?* Prenons un exemple : « Jean laisse en mourant un enfant et un conjoint auquel il a donné la moitié de l'usufruit de sa succession, ce dernier est débiteur de l'hoirie au moment du décès, l'héritier du sang peut-il lui dire : « Vous allez imputer votre dette envers la succession sur la valeur de votre usufruit et vous ne toucherez que la différence, vous ne prendrez même rien dans la succession, si votre dette est égale au montant de l'usufruit ou supérieure. » La Cour de cassation a statué il y a

Digitized by Google

peu de temps sur une espèce conforme; plus loin nous reproduisons l'arrêt qu'elle a rendu.

L'affirmative selon nous n'est pas douteuse, car l'usufruitier a le droit de figurer au partage des biens dont il a une quote-part de jouissance, non comme un simple intéressé, mais bien en qualité d'indivisaire; il est en effet copropriétaire d'un usufruit, et par suite il devient copartageant lorsqu'il procède au partage de cet usufruit avec le titulaire de la portion d'usufruit indivise avec la sienne, c'est la solution qu'a consacrée la Chambre civile de la Cour suprême, dans l'arrêt auquel nous avons fait allusion plus haut; il a été rendu le 9 février 1887, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Desjardins.

Voici en quels termes il est conçu :

Attendu, en droit, qu'à côté de la prescription concernant le rapport des dons et legs, spéciale aux relations des héritiers légitimes entre eux, l'art. 829, C. civil pose le principe du rapport des dettes;

Attendu que le rapprochement de cette disposition avec le paragraphe final de l'article immédiatement précédent (art. 828), et avec l'art. 1872 du même Code prouve que la disposition dont s'agit n'est que l'application du principe d'après lequel, préalablement à la formation de la masse commune à partager, il doit être procédé au règlement de la situation de chacun des copartageants et au compte de ce qu'ils peuvent réciproquement devoir à la masse;

Attendu, en effet, qu'une règle générale de droit et d'équité qui s'impose à tous les prétendant-droit à une fraction d'une masse commune, veut que, pour empêcher qu'aucun d'eux ne prenne plus que la part qui doit lui revenir, s'il arrive qu'un des copartageants ait déjà entre les mains une portion de la masse, il soit tenu de l'y remettre pour que le tout soit partagé, et que, si ce rapport en nature est impossible, les autres communistes soient fondés à imputer sur la part qui lui revient la portion qu'il détient et à prélever sur les biens composant la masse une fraction égale à celle dont leur copartageant est déjà muni;

D'où il suit que, en décidant que la dette du sieur Marcq serait comprise dans l'actif de la succession de la dame Marcq et lui serait attribuée, pour le remplir, jusqu'à due concurrence, de la

Digitized by Google

moitié sur laquelle doit être assis son usufruit, l'arrêt attaqué, loin de violer la loi n'en a fait qu'une exacte application;

— Par ces motifs, rejette.

Cette jurisprudence est une conséquence logique de la théorie du rapport des dettes dans les partages, elle est très équitable et s'appuie sur la tradition et sur le sens des textes de la législation actuelle.

L'art. 829, C. civ. renvoie, il est vrai, pour le rapport des dettes « aux règles suivant lesquelles s'effectue le rapport », mais ces mots font allusion uniquement aux règles relatives à la manière dont se fait le rapport (C. civ., 858 et suiv.), car autrement, il faudrait aller jusqu'à dire, si on voulait assimiler complètement le rapport des dettes et le rapport des libéralités, que le successible débiteur pourrait, en renonçant à la succession, se soustraire à la restitution des sommes qu'il doit à l'hérédité et dont le paiement peut être réclamé non seulement par ses cohéritiers mais encore par les créanciers héréditaires et par les légataires, à l'instar du successible donataire ou légataire qui peut, en renonçant à sa qualité d'héritier, se dispenser de rapporter la libéralité qui lui a été faite; or personne ne va jusque-là, donc, il faut admettre qu'il n'y a aucun argument à tirer contre le système de la jurisprudence, des termes dont s'est servi le législateur dans l'art. 829. L. ZÉGLICKI.

BIBLIOGRAPHIE

L'ATHÉISME ET LE CODE CIVIL [1],

Par M. A. Duverger, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Paris, avocat à la Cour d'appel.

Compte-rendu de M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

L'excellent petit volume, que notre éminent maître, M. Duverger, a publié l'année dernière, n'est autre chose qu'un courageux cri d'alarme jeté par le savant professeur pour la défense du Code civil contre la doctrine sans cesse envahissante de l'athéisme. Dans ces pages imprégnées d'une tristesse profonde et que traverse à chaque ligne le souffle généreux d'une ardente et sincère conviction, l'auteur nous montre menacée cette loi à laquelle il a consacré sa vie et pour laquelle il n'a jamais cessé de professer

[1] Paris, 1888, 1 vol. in-12°.

Digitized by Google

le plus grand culte. Toutefois, c'est dans un intérêt supérieur, l'intérêt social, qu'il appelle à son secours la religion et la philosophie, et, quoi que la modestie lui commande de dire, aucune voix, pensons-nous, n'était de nature à avoir plus d'écho et plus d'autorité que la sienne, dont l'accent a su jeter tant d'éclat sur l'enseignement du droit civil à la Faculté de droit de Paris. Homme d'une valeur incontestée, d'un talent remarquable, et d'une rare éruditon, M. Duverger a toujours eu le don d'unir à un raisonnement subtil et sûr, à une rigoureuse et fidèle interprétation des textes, à une vigueur peu commune d'argumentation, une intelligence à la fois souple et étendue, une justesse et une élévation d'esprit que tous ceux qui l'ont fréquenté, se sont plu à admirer en lui. Ami du progrès, de la justice et de l'utilité sociale, il n'a jamais omis de saisir, avec une judicieuse vivacité, l'occasion qui s'offrait à lui de proclamer hautement ses doctrines favorites, et de chercher, en attaquant le mal, sous quelque forme qu'il crût le rencontrer, à ramener le triomphe de la vérité ébranlée ou faussée, et la victoire du bien trop souvent combattu et parfois compromis.

Voilà que, depuis longtemps déjà, fermentent des théories philosophiques nouvelles qui, s'insurgeant contre les tendances innées de notre sens intime et de notre conscience, viennent mettre en doute les principes de la liberté et de la responsabilité humaines; voilà que, par cela même, elles risquent d'ébranler le fondement du droit. C'en est trop : en présence d'une pareille menace, M. Duverger qui, dans tout le cours de sa longue et brillante carrière, a toujours montré le lien étroit qui unit la philosophie, l'histoire et la législation, élève la voix contre l'ennemi et, dans un plaidoyer ardent, nerveux et concluant, prononce contre lui le plus dangereux des réquisitoires. Il y met en lumière la nécessité d'opter entre la tradition séculaire recueillie dans le Code civil, sur la nature de la loi, l'idée du devoir et le principe de la justice, et les thèses délétères qui, malheureusement, ne sont que trop en vogue aujourd'hui et sont bien faites pour affliger quiconque essaye de joindre par la pensée le passé que l'on méprise à l'avenir que l'on prépare. Étranges théories à la vérité, qui ne sont que le triste produit d'une

Digitized by Google

confusion entre les phénomènes de l'ordre moral et les phénomènes de l'ordre physique et, prétendant remplacer la volonté par un déterminisme fatal, se bornent à abandonner au législateur l'unique soin de combattre des penchants maladifs par des traitements, et de supprimer ou de laisser périr les êtres malfaisants ou infirmes.

Les lois ne pouvant pas plus exister sans les mœurs, que la société sans une ferme croyance à Dieu, il s'ensuit qu'il n'y a pas de droit sans une loi supérieure que la raison de l'homme lui révèle, que sa conscience lui dicte et lui impose, mais ne crée pas. Tout ce qui tend, par conséquent, à renverser la philosophie spiritualiste, est une menace pour les principes du Code civil et, ajoutons-le de suite, pour la civilisation tout entière, dont il est une des plus majestueuses expressions, une des plus grandioses manifestations. Aussi, est-ce au nom de la liberté morale outragée, dans laquelle l'homme puise sa dignité, que le savant professeur se livre à un vaillant combat. — La France, s'écrie-t-il indigné, verra-t-elle mourir le spiritualisme qui vivifie sa loi sociale, cette même loi, dont tant de peuples saisis d'admiration nous ont à l'envi emprunté la formule ? Si nous tenons à notre Code, une de nos gloires nationales les plus pures, conservons dans nos mœurs le principe qui lui sert de base; or, ce principe, c'est le devoir sous ses deux formes, qui s'appellent respect ou justice, assistance ou charité. Et croit-on donc que de froids articles de loi soient assez puissants pour en assurer le maintien, s'ils ne trouvent un point d'appui constant dans une solide éducation religieuse, qui les transforme en règles de conscience? Un législateur suprême est aussi nécessaire à la morale qu'un premier moteur à l'ordre physique. Pense-t-on qu'il puisse y avoir une morale propremeut dite, s'il est vrai qu'il n'y a point de loi qui ne dépende pas de nous? Les rédacteurs du Code civil, qui étaient des spiritualistes, comme le prouvent les citations nombreuses que M. Duverger met sous nos yeux, et en particulier celles empruntées aux ouvrages philosophiques de Portalis, son principal inspirateur, ont répondu nettement, et n'ont pas hésité à rattacher la morale et, partant, la loi positive à Dieu. En cela, ils n'ont été que les continuateurs de Platon, des plus illustres jurisconsultes romains, des Dumoulin, des Grotius, des

Digitized by Google

Descartes, des Domat, des Montesquieu, des Daguesseau et des Pothier, dont les Assemblées de la Révolution n'ont pas été, pour le dire en passant, sans ressentir l'heureuse et bienfaisante influence. C'est ainsi que les constitutions de 1791, de 1793 et de l'an III portaient dans leur préambule l'affirmation expresse de la croyance à l'existence d'un être suprême. Héritière du passé, la constitution républicaine de 1848 reproduit cette lointaine tradition.

Une fois exposé le principe d'où procède le Code civil, qui l'anime et l'inspire, après nous avoir montré que nombre de ses dispositions l'expliquent et le révèlent, M. Duverger s'attache au développement et à la démonstration de cette idée, que la croyance à l'existence de Dieu est seule propre à lui donner cette force irrésistible et indiscutable, que l'athéisme est incapable de lui communiquer. — Au demeurant, y a-t-il donc incompatibilité entre la science et Dieu? Non, s'empresse-t-il de répondre, et la preuve en est que, s'il y a des savants qui sont athées, la science n'est pas représentée par ceux-là seuls, et qu'à côté d'eux figure toute une élite d'illustrations qui ont tenu à honneur d'affirmer hautement leur croyance en Dieu. L'argument nous a, quant à nous, toujours paru péremptoire et décisif: car, à supposer qu'il y ait vraiment de athées, c'est-à-dire des hommes ne croyant pas à l'existence d'un être suprême, — ce dont nous doutons de jour en jour davantage, estimant qu'il faut une foi beaucoup moins robuste pour croire en cet être qu'au néant, — comment concevoir, si l'athéisme était une doctrine qui s'impose à la raison, que des génies l'aient répudiée? — Enfin, et c'est le coup de grâce du livre de M. Duverger, l'athéisme, qu'il soit positiviste ou qu'il soit idéaliste, est impuissant à donner un fondement au devoir et à le rendre obligatoire. L'aveu même que font, à cet égard, ses représentants les plus autorisés, nous paraît contenir la condamnation d'un système singulièrement périlleux, en ce qu'il ébranle l'autorité de la conscience.

Tel est, brièvement esquissé, le livre de M. Duverger, qui paraît à son heure et vient dignement couronner une existence toute d'honneur consacrée par son éminent et libéral auteur à la recherche et à la défense du bien, du juste et du vrai. Ces pages sont dignes d'être lues, relues et méditées, non seulement parce

Digitized by Google

que la belle et grande thèse philosophique qu'elles renferment contient, dans son habile développement, une éloquente protestation et un utile avertissement, mais parce qu'elles ont en outre, dans le moment présent, le double mérite de consoler et de réconforter; elles ont sur l'esprit la même action bienfaisante que cette comédie célèbre dans laquelle Sardou s'est fait le vigoureux champion du même principe d'affirmation contre un néant trompeur et décevant: elles reposent. P. LOUIS-LUCAS.

DICTIONNAIRE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES AUBERGISTES, HOTELIERS, CAFETIERS, DÉBITANTS DE BOISSONS, PROPRIÉTAIRES ET LOCATAIRES DE MAISONS, D'APPARTEMENTS ET DE GARNIS, SUIVI D'UN FORMULAIRE DE TOUS LES ACTES UTILES A CES PROFESSIONS [1],

Par M. Paul Tailliar, ancien avoué, juge au Tribunal de la Seine.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

L'ouvrage de M. Tailliar dont le titre précède est, à proprement parler, une sorte d'encyclopédie spéciale, qui, par les notions aussi diverses qu'étendues que l'on y trouve, est destinée à fournir aux nombreuses catégories de personnes auxquelles elle s'adresse tous les renseignements de nature à les intéresser. Les livres de ce genre se prêtent mal à l'analyse et le rôle du critique se borne beaucoup plutôt à porter sur eux un jugement d'ensemble qu'à chercher à en apprécier le contenu par le menu. Quant à nous, nous devons remercier M. Tailliar d'avoir, à ce point de vue, rendu notre tâche d'autant plus aisée, qu'en menant à bien une entreprise particulièrement difficile et ingrate, il nous permet d'émettre à son profit une opinion pleinement favorable. Les mérites du livre sont, en effet, multiples. Il convient, tout d'abord, de féliciter l'auteur d'avoir su éviter l'écueil le plus redoutable pour ces sortes de répertoires juridiques, où les lacunes sont trop souvent à déplorer. Ici, la grande richesse des détails qui distingue le dictionnaire dont nous parlons, a mis son auteur à l'abri de regrettables omissions. Nous n'en avons rencontré aucune, qui puisse être vraiement préjudiciable. D'autre part, un style net et précis ne nuit en rien à la clarté d'une exposition dépour-

[1] Paris 1888, 1 vol. in-8°.

Digitized by Google

vue de longueurs toujours dangereuses dans un recueil alphabétique; nous estimons même qu'il était impossible de réunir avec autant de luxe, dans un cadre plus étroit, un aussi grand nombre de renseignements indispensables et de notions essentielles. Enfin, M. Tailliar a eu, au milieu de beaucoup d'autres, le rare mérite de ne jamais oublier qu'il s'adresse au plus grand nombre, et d'avoir toujours su mettre sa langue à la portée de tous, en la rendant intelligible pour tout le monde. Mais, ce qui, selon nous, est destiné à donner un relief particulier à ce traité, c'est l'heureuse idée qu'a eu son auteur de multiplier les mots indicateurs en s'attachant aux plus utiles et aux plus usuels, sauf à multiplier les renvois, dans le but d'éviter des répétitions superflues, et de terminer son œuvre par un formulaire de tous les actes qui peuvent être nécessaires aux professions en vue desquelles il a été écrit : actes sous seings privés, bilans, certificats, dépôts, marchés, registres, ventes de fonds, baux de maisons, d'appartements et de garnis, états de lieux, congés, quittances, reconnaissance de dettes, décharges, cessions, procurations, etc., etc.

Ajoutons que le caractère éminemment pratique de l'ouvrage n'y a pas été exclusif de toute donnée scientifique; le point de vue historique, notamment, n'a pas été négligé, quand l'occasion s'est fait sentir de le présenter; c'est ainsi qu'une énumération se rencontre des principaux édits et ordonnances sur les cabarets et débits de boissons (voy. p. 226 et suiv.); et beaucoup de mots sont enrichis de mentions analogues.

N'est-ce pas là autant de qualités qu'il en faut pour rendre le *Dictionnaire* de M. Tailliar supérieur à ceux de ses devanciers, et pour lui assurer auprès de tous les intéressés qu'il concerne, le succès dont il est digne? _____ P. LOUIS-LUCAS.

Nous sommes heureux de signaler l'apparition des *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*. Cette publication a été décidée par les professeurs des trois facultés et de l'école de médecine réunis en assemblée générale, elle est destinée à donner une idée de l'ensemble de leurs travaux. Les *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* paraîtront les 1er mars, 1er juin, et 1er décembre, par fascicules de 12 à 15 feuilles. Le premier fascicule, que nous venons de recevoir, contient deux articles qui intéresseront particulièrement les jurisconsultes, savoir : *la recommandation et la justice seigneuriale* par M. Ed. Beaudouin, *l'art. 419 du Code pénal et les syndicats professionnels* par M. Raoul Jay. (Note de la rédaction).

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

(Arrêts publiés en 1888).

PAR M. Marcel PLANIOL, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

SOMMAIRE

I. — Mariage des prêtres.
II. — Différence entre les causes de séparation de corps et les causes de divorce.
III. — Divorce et séparation de corps : demandes reconventionnelles.
IV. — Nom de la femme divorcée.
V. — Séparation de corps ; pensions alimentaires ; application cumulative des articles 212 et 301.
VI. — Désaveu par anticipation contre un enfant non déclaré à l'état civil.
VII. — Conseil judiciaire : séparation absolue des deux causes qui donnent lieu à sa nomination.

I.

VALIDITÉ DU MARIAGE DES PRÊTRES CATHOLIQUES. (Cassation, ch. civ., 25 janvier 1888, Sirey, 1888, I, 193).

Un prêtre catholique peut-il se marier? L'officier de l'état civil peut-il lui refuser son ministère? Et si en fait le mariage a eu lieu est-il valable?

Double question qui n'a que trop longtemps soulevé d'ardentes controverses.

La nullité du mariage des prêtres ne résulte pas du Code civil. Il n'y a pas une ligne, pas un mot dans son texte qui puisse servir à le soutenir, et son esprit général proteste hautement contre cette interprétation. Son principal auteur, Portalis, a déclaré lui-même dans l'*Exposé des motifs* que « l'engagement dans les « ordres sacrés, le vœu monastique et la disparité de culte, qui « dans l'ancienne jurisprudence étaient des empêchements diri- « mants, ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par les « lois civiles qui avaient sanctionné les règlements ecclésiastiques. « Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est « devenue elle-même une loi de l'État [1] ».

Mais on prétendait faire sortir cette nullité des art. 6 et 26 de

[1] Locré, *Législ. civile*, t. II, p. 386.

Digitized by Google

la loi du 18 germinal an X, contenant les articles organiques du concordat. L'art. 6 dispose que l'infraction aux canons reçus en France est un cas d'abus, et l'art. 26 défend aux évêques d'ordonner aucun ecclésiastique s'il ne réunit les conditions requises par les canons reçus en France. On soutient que le pouvoir civil a rendu par ces dispositions une sanction légale aux prescriptions et aux interdictions canoniques que les lois révolutionnaires avaient expressément abrogées. M. Demolombe, pour combattre cette prétention, disait que si ces dispositions suffisent à remettre en vigueur les lois de l'Église qui interdisent le mariage aux prêtres, il se faisait fort d'en faire sortir l'ancien régime tout entier. C'était exagérer quelque peu et faire un véritable épouvantail d'un système qui n'a pas cette portée. M. Robinet de Cléry a nettement marqué la limite où il s'arrête : « Les canons « n'ont été consacrés par la loi civile que pour ce qui concerne « la discipline intérieure de l'Église. Ils ne créent d'obligations « que pour les ecclésiastiques. La liberté des autres citoyens « reste entière. » Il s'agit donc simplement de savoir si, dans cette mesure, — ce qui est déjà assez grave, — les canons de l'Église ont été adoptés et consacrés par la puissance séculière, de telle sorte que celle-ci y ait attaché une sanction civile, et qu'on puisse, pour le cas particulier qui nous occupe, en faire dériver la nullité du mariage des prêtres.

Autant qu'il nous est possible de deviner leur pensée, nous pouvons croire que les auteurs du concordat n'auraient pas demandé mieux que d'accorder à l'Eglise la sanction de la nullité. Mais ils n'ont pas osé le faire; ils ont craint de mécontenter l'opinion publique, encore dominée par les courants d'idées qui avaient fait la Révolution.

La portée de la loi est purement administrative. En restaurant le culte catholique on a assuré à l'Eglise le respect de sa discipline, en ce sens qu'un prêtre qui ne remplit plus les conditions exigées par le droit canonique doit être privé de ses fonctions, mais on n'a pas touché à la législation civile de la France. On a laissé au prêtre, comme à tout autre citoyen, l'exercice de ses droits civils, et la liberté absolue de se soustraire à une règle qui est purement religieuse.

Digitized by Google

Que tel ait été le sens des articles organiques, c'est ce qui résulte d'une double déclaration de Portalis.

Le 15 germinal an X, en demandant le vote de la loi, il disait au Corps législatif : « Le mariage des ministres des cultes, s'ils « en contractent un, n'est pas nul aux yeux des lois politiques « et civiles, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes. « Mais dans le for intérieur et dans l'ordre religieux ils s'expo- « seraient aux peines spirituelles prononcées par les lois canoni- « ques. Ils continueraient à jouir de leurs droits de cité et de « famille, mais ils seraient tenus de s'abstenir de l'exercice du « sacerdoce [1]. »

L'année suivante, dans son *Exposé des motifs* pour le titre *Du Mariage* du Code civil, il répétait la même chose et dans des termes tout aussi nets.

Il est vrai que plus tard, en 1806 et en 1807, ce même Portalis sur l'ordre de l'empereur écrivit deux lettres à des officiers de l'état civil pour leur défendre de marier des ecclésiastiques. Mais il est évident qu'en agissant ainsi, par voie de mesure administrative, au lieu de laisser les tribunaux statuer sur la question, le gouvernement reconnaissait lui-même le caractère arbitraire de cette défense.

On était si loin sous l'Empire de considérer le mariage comme interdit aux prêtres qu'en 1813 on songea à faire une loi tout exprès pour le leur défendre. A cette époque un grand nombre de jeunes gens entraient dans les ordres pour échapper au service militaire, et au bout de quelque temps ils abandonnaient le sacerdoce et prétendaient se marier. Personne n'eut alors l'idée de soutenir que cette loi était inutile. Tout le monde reconnaissait au contraire qu'on en avait besoin. Le procédé employé par Portalis pour empêcher ces mariages était considéré comme un simple expédient, et on avouait que les instructions du ministre ne liaient pas les tribunaux. Malgré l'insistance de l'empereur le projet rencontra quelques difficultés et n'aboutit pas.

En 1821 la Cour de cassation condamna, implicitement tout au moins, le système de la nullité. Mais en 1833 et en 1847 elle empêcha la célébration de mariages projetés par des prêtres en

[1] *Discours, Rapports... sur le Concordat*, p. 44.

Digitized by Google

approuvant le refus que leur avaient opposé les officiers de l'état civil. — En combinant ces diverses décisions, on s'arrêta à une sorte de moyen terme et l'on fit de la prêtrise un empêchement simplement prohibitif. On respectait ainsi la parole de Portalis qui avait déclaré officiellement, comme orateur du gouvernement, à propos de la loi organique du concordat, que les ordres sacrés n'étaient plus un empêchement dirimant.

En même temps on donnait satisfaction aux désirs de l'Eglise en mettant la loi civile au service de la discipline ecclésiastique.

Bien qu'elle ait été défendue par des hommes de la plus grande valeur, comme MM. Demante, Aubry, Rau, cette doctrine n'a pu se maintenir. Du moment où l'on admet que la loi interdit le mariage aux prêtres par respect pour les canons, il faut admettre qu'elle en prononce comme eux la nullité, puisqu'elle n'est que l'exécutrice des décisions des conciles. S'il y a empêchement, cet empêchement n'est pas simplement prohibitif, il est dirimant. C'était ce que décidaient autrefois les parlements.

La Cour de cassation elle-même a été obligée d'en venir là : en 1878 la chambre des requêtes rejeta un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rennes qui avait annulé le mariage d'un prêtre.

Cette fois-ci la Cour d'Amiens avait au contraire considéré le mariage comme valable. La chambre des requêtes a admis le pourvoi : il est difficile de dire si elle l'a fait pour maintenir sa jurisprudence antérieure qui était contraire à la validité, ou si elle a simplement voulu donner à la chambre civile l'occasion de se prononcer sur la question. En tout cas celle-ci a déclaré que « la loi de germinal n'est relative qu'à l'organisation des cultes « et nullement à l'état civil des personnes, et qu'il n'existe aucune « loi qui interdise le mariage au prêtre au regard de l'autorité « civile. »

Elle a ainsi adopté une solution que les hommes les plus modérés, les plus sincèrement religieux, lui indiquaient depuis longtemps comme la seule légale. Ceux qui se sentiraient blessés dans leurs croyances devront réfléchir que ce qui est en jeu c'est la liberté de conscience tout entière, et que l'Eglise catholique en profite autant que toutes les autres communions religieuses. La

Digitized by Google

nullité du mariage n'est qu'un moyen indirect de retenir malgré lui un prêtre dans l'observation d'un vœu que la loi civile ne connaît pas. D'ailleurs, comme l'a remarqué M. le procureur général Ronjat, si l'on voulait forcer les prêtres à l'observation des canons qui leur interdisent le mariage, il faudrait les contraindre aussi à observer ceux qui leur interdisent de porter les armes, et l'autorité militaire devrait refuser de recevoir leur engagement et de les incorporer. Il faudrait aussi obliger le diacre à observer le triple vœu qu'il prononce de toujours servir Dieu, de ne pas abandonner le sacerdoce et de vivre dans la *chasteté*, non pas seulement dans le *célibat*. Il serait singulier que la loi civile intervînt uniquement pour détruire une famille, pour faire descendre le mari et la femme au rang de concubins, pour entacher les enfants de bâtardise, alors qu'elle tolère toutes les autres formes de violation des vœux!

II.

COMMENT LES CAUSES DE SÉPARATION DE CORPS NE SONT PLUS LES MÊMES QUE CELLES DU DIVORCE. (Cass. Req., 11 janvier 1887, Sir., 1888, I, 374).

Il arrive quelquefois que le législateur fait des réformes sans s'en douter. La loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce nous en offre un exemple.

D'après le Code civil les causes de séparation de corps sont les mêmes que celles du divorce. L'art. 306 renvoie aux art. 229 à 233. La séparation de corps n'est qu'un demi-divorce, admis pour respecter les croyances religieuses d'un grand nombre de Français, surtout des femmes qui, ayant à se plaindre de leurs maris, auraient pu s'abstenir d'employer un moyen mis à leur disposition par la loi, mais condamné par l'Église. Il n'était pas entré dans l'esprit du législateur de décider que la séparation de corps puisse être obtenue pour des torts légers qui ne justifieraient pas une rupture complète du lien conjugal, parce qu'elle est moins grave que le divorce, étant révocable. Il y a donc identité entre les causes du divorce et celles de la séparation. Si on laisse le choix aux parties de conclure à l'une ou à l'autre, c'est uniquement par respect pour leur foi religieuse.

Quand on a rétabli le divorce en 1884, on n'a pas entendu

Digitized by Google

détruire cette identité des causes. La légère modification de rédaction apportée à l'art. 306 s'explique par la disparition du divorce par consentement mutuel. On renvoie désormais aux causes du divorce, sans avoir besoin de préciser qu'il s'agit du divorce pour causes déterminées, puis qu'il n'y en a plus d'autre.

Mais on a touché par ailleurs à l'économie de la loi.

D'une part on a accordé à l'époux demandeur en divorce le droit de transformer sa demande en simple demande de séparation de corps, en tout état de cause, même en appel (art. 239). Il en résulte qu'un époux qui d'après la tournure des débats peut craindre de voir échouer sa demande, si les faits perdent un peu de la gravité qu'il leur attribuait, sera tenté de la transformer, en abaissant ses prétentions de façon à obtenir plus sûrement des juges cette demi-satisfaction. Il est facile de prévoir que le tribunal ou la Cour lui accorderont l'une plus facilement que l'autre. On a même vu un demandeur, au lieu de renoncer au divorce, maintenir ses conclusions primitives en y ajoutant, à titre de conclusions subsidiaires, une demande en séparation de corps. Nous nous sommes déjà expliqué sur la valeur des raisons qui ont été données pour lui refuser ce droit[1].

D'autre part on a laissé aux juges, en termes absolus, le pouvoir d'apprécier s'il y a lieu de convertir la séparation de corps en divorce quand cette conversion est demandée. Il résulte des discussions parlementaires sur ce point que ce pouvoir arbitraire n'a été accordé aux tribunaux que pour calmer les scrupules d'une partie des membres de la Chambre et du Sénat. Beaucoup hésitaient à conserver à l'époux coupable le droit de demander la conversion, droit qu'il tenait du Code Napoléon. L'époux offensé s'était peut-être abstenu de demander le divorce pour obéir aux enseignements de sa religion. On a voulu s'en remettre aux tribunaux du soin de décider s'il convenait de prononcer le divorce par voie de conversion sur la demande du coupable.

Mais ce pouvoir leur a été donné en termes généraux. Ils peuvent donc en user même quand la conversion est demandée par l'époux offensé, qui avait précédemment obtenu la séparation de corps. Dans ce cas, quels motifs auront-ils d'en faire usage si ce

[1] *Revue Critique*, 1887, *Examen doctrinal*, p. 709-713.

Digitized by Google

n'est lorsque les faits, assez graves pour motiver une séparation, ne le paraîtront pas assez pour justifier le divorce?

On arrive ainsi par un double chemin à mettre les tribunaux à même d'établir une sorte de hiérarchie entre le divorce et la séparation de corps.

Ils n'y ont pas manqué.

Les prévisions exprimées ici même dans l'examen doctrinal de 1887 se trouvent réalisées. La chambre des requêtes vient de décider que les tribunaux faisaient une application juridique de l'art. 306 du Code civil en déclarant « que les causes qui avaient « motivé la séparation de corps n'étaient pas de nature à justifier « la rupture complète du lien conjugal. »

On peut dire dès maintenant que la réforme est faite. Il y a désormais deux degrés dans la dislocation du mariage, et le divorce est plus difficile à obtenir que la séparation de corps : les causes qui justifient cette dernière ne suffisent pas toujours pour le divorce.

Il faut, du reste, se pénétrer de cette idée que les faits qui peuvent servir à causer une demande de divorce ou séparation sont en nombre illimité. L'énumération que fait la loi, en citant l'adultère, l'injure grave, et les condamnations criminelles, n'est qu'un trompe-l'œil. L'adultère et la condamnation sont bien deux causes particulières, dont la nature est déterminée. Mais le mot d'*injures* est un terme vague qui permet de reconnaître comme cause de divorce ou de séparation tout manquement grave aux devoirs conjugaux. C'est dans cette foule innommée que les magistrats exerceront leur choix, pour trier les causes majeures qui entraîneront le divorce et les causes mineures dont l'effet se bornera à la séparation.

En lui-même, ce résultat est excellent. La différence dans l'énergie des deux institutions est si grande que l'on comprend l'hésitation du juge à accorder l'un quand l'autre peut suffire. Il n'y a qu'à s'applaudir d'une réforme qui a été plusieurs fois souhaitée, et que le rapporteur de la loi de 1884 avait lui-même entrevue, mais sans s'y arrêter. Le point à remarquer, c'est que l'équilibre se trouve rompu en faveur de la séparation de corps et au détriment du divorce sans que le législateur ait modifié

Digitized by Google

l'art. 306 : cet article continue, comme dans le Code primitif, à établir une assimilation, mais cette assimilation n'est plus exacte.

III.

UNE DEMANDE RECONVENTIONNELLE EN SÉPARATION PEUT-ELLE ÊTRE OPPOSÉE A UNE DEMANDE PRINCIPALE EN DIVORCE? (Cour de Dijon, 27 juillet 1887. Sirey, 1888, II, 17. Trib. de Chambéry, 7 juin 1886, Sirey. 1888, II, 85.

Depuis le vote de la loi du 18 avril 1886, sur la procédure du divorce, il est hors de doute que le défendeur, dans une instance en divorce, en séparation de corps, ou de conversion de séparation en divorce, peut toujours répondre — même en appel — par une demande reconventionnelle de même nature.

Si ces demandes reconventionnelles sont recevables, ce n'est pas en vertu du droit commun.

L'art. 464 du Code de Procédure n'autorise à présenter pour la première fois en appel que les demandes reconventionnelles qui servent de *défense* à l'action principale. Or une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation n'empêchera pas l'époux défendeur d'être condamné. Il ne peut se *défendre* qu'en se disculpant des torts qui lui sont reprochés. S'il attaque à son tour, le seul résultat qu'il puisse obtenir c'est de faire prononcer le divorce ou la séparation aux torts de son conjoint en même temps qu'aux siens, et de pouvoir se prévaloir contre lui, par reciprocité, des déchéances qu'entraîne une condamnation de ce genre.

La recevabilité des demandes reconventionnelles en matière de divorce ou de séparation ne se fonde donc pas sur l'art. 464.

Elle a pour cause l'*identité* d'objet des deux actions : la seconde serait sans utilité après la première; le divorce (ou la séparation) ne pourrait plus être demandé puisqu'il existerait déjà.

C'est un système tout à fait différent de celui qui s'applique aux actions ordinaires. Il est donc loin d'être « conforme à tous les principes du droit », comme l'affirmait M. Labiche sans y prendre garde.

Dès lors se pose cette question : que doit-on décider quand la demande reconventionnelle n'a pas le même objet que l'action principale? A une demande en séparation de corps, l'époux dé-

Digitized by Google

fendeur répond en demandant le divorce, — ou, à l'inverse, il oppose une demande en séparation de corps à une demande en divorce.

Pour le premier cas la solution est certaine. M. Denormandie dans la séance du 10 décembre 1885 et M. Labiche dans la séance du 22 décembre l'ont dit au Sénat au nom de la commission : on n'a pas voulu admettre « cet enchevêtrement de procédures », qui consisterait à « greffer » l'une sur l'autre en appel. L'époux défendeur, qui voudrait demander le divorce, est donc réduit à engager une procédure distincte et il doit la prendre à ses débuts.

Il semblerait que la solution dût être encore la même quand il s'agit d'une séparation de corps demandée reconventionnellement dans une instance en divorce : même « enchevêtrement de procédures », même « greffe » de l'une sur l'autre. De plus les considérations présentées au Sénat ont été formulées en termes généraux. La seule exception concerne les cas où la demande reconventionnelle a le même objet que la demande principale.

C'est ce qu'a décidé la Cour de Dijon.

Nous même, dans un précédent article, nous avions donné cette solution, tout en regrettant que le législateur ne soit pas allé jusqu'au bout dans la voie où il s'engageait, car l'enchevêtrement de procédures qu'il redoutait, et qui pouvait être un danger alors que ces deux actions avaient des formes différentes, n'est vraiment plus à craindre depuis que la loi du 18 avril 1886 a identifié les deux procédures au point qu'on cherche quelles différences les séparent encore.

Mais le jugement du tribunal de Chambéry est remarquable en ce qu'il introduit dans le débat un élément nouveau de discussion qui en change la face.

L'art. 239 C. civ. al. 2, modifié en 1886, permet au demandeur en divorce de réduire sa demande à la séparation de corps, en tout état de cause. Le même droit doit évidemment appartenir au défendeur qui a formé une demande reconventionnelle en divorce : lui aussi devient alors demandeur et peut bénéficier de l'art. 239. C'était justement le cas dans l'affaire jugée par le tribunal de Chambéry. La femme, défenderesse dans l'instance

Digitized by Google

en divorce, avait d'abord demandé le divorce, puis sur l'appel du mari elle avait simplement demandé la séparation de corps. Le tribunal lui a très judicieusement permis d'atténuer la portée de sa demande comme eût pu le faire le demandeur principal.

Changeons un peu l'hypothèse.

Pourrait-on admettre le défendeur à former une demande reconventionnelle ayant pour objet la séparation de corps, quand l'autre époux demande le divorce ?

L'art. 239 lui fournirait un moyen détourné d'y parvenir, mais non pas du premier coup. Il suffirait de demander d'abord le divorce, et de convertir ensuite sa demande. — Ce détour est-il réellement nécessaire ? Ne pourrait-il pas viser ouvertement et directement son but ?

Les travaux préparatoires lui en donnent la possibilité, tant il est vrai que les discussions législatives sont des arsenaux neutres qui fournissent des armes à tous les partis.

Quand la loi revint du Sénat à la Chambre, le rapporteur, M. Letellier, parlant du droit qui appartient au défendeur dans l'instance en divorce de former une demande reconventionnelle ayant le même objet, ajouta : « Il est bien entendu que par *a* « *fortiori* il pourra répondre à cette demande par une demande « reconventionnelle en séparation de corps... par ce motif que « qui peut le plus peut le moins [1]. » Ainsi ce que MM. Denormandie et Labiche condamnaient comme un « enchevêtrement de procédures » inadmissible, comme une « greffe » nuisible, M. Letellier le trouvait si simple qu'il l'admettait par un raisonnement *a fortiori*.

L'*Exposé des motifs* avait déjà fait la même remarque : « Quand « à une instance en divorce le défendeur répond par une de- « mande reconventionnelle en séparation de corps, cette de- « mande pourra être introduite par voie de simples conclusions. »

Il résulte donc de l'examen des textes et des déclarations des auteurs de la loi que l'époux défendeur qui veut former une de-

[1] *Journal officiel*, août 1886, *Documents parlementaires*, Chambre des Députés, p. 1006, col. 3.

[2] *Journal officiel*, *Documents parlementaires* janvier 1886, Sénat, p. 209 et suiv. — *Lois annotées* de Sirey, 1886, p. 53, note 17.

Digitized by Google

mande reconventionnelle n'est obligé d'entamer une procédure nouvelle et indépendante que dans un seul cas : quand il demande le divorce, étant lui-même sous le coup d'une simple demande de séparation. Dans toute autre hypothèse, il peut former sa demande par simples conclusions en la joignant à l'instance déjà engagée.

Ainsi conçue la loi semble boîteuse et incohérente. Depuis que les deux procédures, celle du divorce et celle de la séparation ont été identifiées, on n'aperçoit plus de raisons sérieuses pour maintenir cette exception. Les deux actions ont beau avoir un objet différent, elles résultent le plus souvent de faits connexes : la conduite de l'un explique celle de l'autre ; il y aurait donc avantage à réunir les deux instances pour soumettre en même temps les deux demandes aux mêmes juges. Si la jurisprudence voulait entrer dans cette voie, elle ne trouverait devant elle aucun texte pour l'arrêter. Les explications fournies par MM. Denormandie et Labiche étaient peut-être de simples habiletés de discussion destinées à calmer les craintes des adversaires de la loi. Rien de tout cela n'est écrit dans la loi.

IV.

NOM DE LA FEMME DIVORCÉE. (Cour de Dijon, 27 juillet 1887, Sirey, 1888, II, 18. Cour de Nîmes, 8 août 1887, Sirey, 1888, II, 19).

Le nom de la femme divorcée continue à être un sujet de controverses.

Les uns croient que le divorce prive nécessairement la femme du droit de porter le nom de son mari. C'est à cette doctrine qu'appartient l'arrêt de Dijon ci-dessus indiqué [1].

Les autres pensent que les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier suivant les circonstances s'il y a lieu d'interdire à la femme l'usage du nom du mari, ou si l'on peut encore l'autoriser à le porter. C'est à cette autre opinion qu'appartient l'arrêt de Nîmes [2].

Je crois qu'en posant ainsi la question, on risque de n'en point apercevoir le point essentiel.

[1] Voy. aussi Trib. de Lyon, 4 mars 1886, Sir. 1886, II, 119.

[2] Voy. aussi Trib. de Toulouse, 18 mai 1886, Sir. 1886, II, 119.

Digitized by Google

Le mariage ne fait pas *acquérir* à la femme le nom du mari ; elle n'y a aucun *droit*. Si on s'en sert pour la désigner, c'est par l'effet d'une simple abréviation. Madame Z... signifie simplement Madame B... épouse de Monsieur Z... Ce n'est pas autre chose que l'énonciation d'un fait : l'état de mariage, dans lequel elle se trouve.

Dès que le mariage est dissous cette manière de parler ne peut plus être employée.

Il n'y a pas lieu de rechercher si le divorce est prononcé aux torts du mari ou aux torts de la femme, pour permettre à celle-ci quand elle est innocente de garder un nom qu'elle ne perd pas volontairement. En réalité la femme ne *perd* rien, n'ayant rien acquis. Elle n'a jamais, même pendant son mariage, d'autre nom légal que celui qu'elle tient de ses parents[1].

Ce serait donc une véritable illégalité de la part d'un tribunal que d'autoriser la femme à garder le nom de son mari par cela seul que le divorce s'est produit sans sa faute. La communauté de nom était une désignation abrégée servant à exprimer un fait qui n'est plus. L'état du mariage étant détruit, ce signe ne serait plus qu'un illogisme et un mensonge. Tout pouvoir d'appréciation ferait donc défaut aux tribunaux, si son veut le fonder sur cette idée. — Du reste je ne connais pas de décision en ce sens.

Cependant nous avons nous mêmes approuvé une décision du tribunal de Toulouse qui a maintenu à une femme divorcée le droit de porter le nom de son mari. Mais dans l'espèce il y avait une raison particulière, un fait étranger au mariage, qui créait pour la femme un titre véritable sur le nom de son mari. Le nom n'est pas toujours uniquement la désignation civile d'une personne, il peut être une richesse, un capital susceptible d'appropriation, quand il a servi à l'exercice d'un art ou d'un commerce. Il devient alors un objet de propriété. Il peut être acquis par la femme, comme il le serait par un associé, par l'acheteur d'un fond de commerce, ou par tout autre successeur. Une femme connue au théâtre ou dans la littérature sous le nom de son mari, ou exerçant sous ce nom un commerce séparé, se trouve précisément dans ce cas.

[1] Voy. *Revue Critique*, 1887, p. 701-703.

Digitized by Google

La prononciation du divorce ne peut rien contre elle, parce que son titre d'acquisition n'est pas le mariage. Le nom de son mari est devenu pour elle un pseudonyme. Enlever à une artiste ou à une commerçante déjà connue l'usage d'un nom qui est pour elle la seule manière de s'annoncer au public serait une véritable spoliation.

Il nous paraît donc difficile d'approuver la disposition impérative contenue dans le projet de loi sur la séparation de corps actuellement soumis à la discussion des Chambres, disposition qui est ainsi conçue : « Par l'effet du divorce chaque époux reprend l'usage de son nom. » A première vue on pourrait la croire fausse à cause de sa généralité, ou tout au moins inapplicable au mari qui, n'ayant rien perdu, n'a rien à reprendre. Mais dans plusieurs régions de la France il est d'usage de joindre au nom du mari celui de sa femme pour en former un nom composé que les deux époux portent en commun et qui devient en quelque sorte la raison sociale du ménage. Cet usage est peut-être plus logique que l'autre; en tout cas il rappelle mieux que lui l'union des deux époux.

On peut donc justifier aisément la généralité des termes employés par la loi puisqu'ils peuvent avoir une application même pour le mari. Il n'en va pas de même pour la tournure impérative de l'article projeté. On veut peut-être empêcher que des magistrats hostiles au divorce ne cherchent à maintenir d'une manière indélébile le signe du mariage, pour protester à leur manière contre la loi. Cette crainte est probablement vaine ; mais fût-elle fondée, on commettra parfois une injustice, en privant la femme d'une valeur acquise par son travail ou par son talent, en l'expropriant à l'aveugle, sans indemnité et sans atténuation, de ce qui est pour elle une véritable propriété.

La Cour de Nîmes dans son arrêt n'a pas commis la même injustice. Elle a eu bien soin de remarquer « qu'il n'était justifié d'aucune circonstance particulière créant en faveur de la dame R... un droit à prendre le nom de D... » Elle a laissé ainsi ouverte, pour d'autres hypothèses, la possibilité de conserver à la femme l'usage de ce nom, si les circonstances le justifient. En cela son système nous paraît préférable à celui de la loi projetée.

Digitized by Google

V.

LA PENSION ALIMENTAIRE ACCORDÉE A L'ÉPOUX QUI A OBTENU LA SÉPARATION DE CORPS SURVIT-ELLE A LA CONVERSION DE LA SÉPARATION EN DIVORCE ? (Cass civ., 24 novembre 1886, Sir., 1889, I, 433. Cour de Riom, 27 janvier 1887, Sir., 1889, II, 214. Cour de Paris, 15 mars 1887, Sir., 1889, II, 213).

La jurisprudence a depuis longtemps adopté une idée fausse sur l'interprétation de l'article 301, C. civ., et sur son application à la séparation de corps.

Cet article permet d'accorder à l'époux qui a obtenu le divorce une pension alimentaire dont le maximum est fixé au tiers des revenus de l'autre époux.

Quel est le principe dont cet article fait l'application ?

Tant que le mariage durait, chacun des deux époux pouvait compter pour vivre sur les revenus de l'autre. C'est la conséquence de la communauté de vie et des devoirs qu'entraîne le mariage.

La séparation de corps survenant, les deux époux se trouvent encore soumis aux mêmes devoirs, parce que le mariage subsiste, et quoique la vie commune soit rompue, la plupart de ses effets subsistent encore, entre autres le droit au secours, dont parle l'art. 212. Seulement la contribution prend une autre forme. Ce n'est plus la confusion des revenus qui caractérise le régime de communauté et le régime sans communauté, ni la quote-part que la femme séparée et la femme dotale doivent verser au mari en vertu des art. 1448, 1537 et 1575. Chacun désormais vivra avec ses revenus personnels : voilà le principe. Mais en cas d'insuffisance, l'époux qui se trouve dans la gêne peut se retourner vers son conjoint et lui demander des aliments. L'art. 212 le lui permet encore ; personne ne peut le contester.

Vienne le divorce : la transformation est beaucoup plus complète. Tout lien étant rompu, il n'y a plus de devoir d'assistance ou de secours ; l'art. 212 devient inapplicable, et aucune pension alimentaire ne pourrait plus être accordée, si l'on ne faisait intervenir une autre idée.

Lorsque le divorce est prononcé aux torts d'un seul des deux époux, l'autre époux se trouve privé subitement de toute ressource par la faute de son conjoint. Si l'inconduite de celui-ci

Digitized by Google

n'avait pas rendu le divorce nécessaire, le mariage continuant, l'époux innocent aurait continué à jouir au moins en partie de la fortune du coupable. Il y a là une situation pénible dont le remède est connu d'avance. C'est le grand principe de la responsabilité pécuniaire pour tout dommage causé sans droit. Le tribunal est donc autorisé à accorder une pension alimentaire fondée sur l'art. 1382, C. civ. Mais, bien entendu, cette pension ne peut être accordée qu'à l'époux innocent. Si le divorce est prononcé sur des torts réciproques, chacun des époux doit être considéré comme l'ayant justifié par sa conduite, et aucun d'eux n'a le droit de demander à l'autre une indemnité : ils portent ensemble la responsabilité de la dissolution de leur mariage.

C'est ce que décidait l'art. 301 du Code civil remis en vigueur depuis 1884.

Il résulte de là : 1° que cet article est inapplicable à la séparation de corps. Sans doute il est admis que les articles relatifs au divorce s'appliquent à la séparation de corps et ont survécu à l'abolition du divorce en 1816, mais cette extension est subordonnée à une condition : il faut que les textes en question soient, par la nature des choses, susceptibles d'être appliqués à la séparation de corps. Or ici ce n'est pas le cas. L'art. 301 n'a de raison d'être qu'en supposant détruit le devoir de secours établi par l'art. 212, devoir que la séparation laisse certainement subsister. 2° La pension alimentaire accordée en vertu de l'art. 301 doit prendre fin à la mort de l'époux débiteur. En effet, la réparation d'un dommage causé à tort doit se mesurer sur son étendue. Or le divorce a simplement privé l'époux innocent du droit qu'il tenait de l'art. 212, et la pension qu'il aurait pu obtenir en vertu de cet article se serait éteinte par la mort de son conjoint.

Mais ces considérations sont d'ordre théorique. La jurisprudence admet que l'art. 301 est applicable à la séparation de corps, — ce qui revient à indemniser l'époux d'un préjudice qu'il n'a pas subi, — et que la pension qui en résulte survit à l'époux débiteur, — ce qui revient à indemniser l'époux d'un préjudice qui a cessé de se produire.

Prenons cette jurisprudence pour base comme si elle était juste.

Elle produit cette conséquence remarquable : que l'époux

Digitized by Google

séparé de corps a deux titres différents pour obtenir une pension :

1° Comme époux, il a le droit d'exiger de son conjoint l'accomplissement du devoir de secours. Il agit alors *ex lege* en vertu de l'art. 212.

2° Comme innocent des faits qui ont motivé la séparation de corps, il peut demander à son profit l'application de l'art. 301. Il agit alors *jure prætorio* en vertu de l'interprétation que la jurisprudence a donnée à la loi.

Il n'est pas indifférent de savoir en vertu duquel des deux articles sa pension lui a été accordée : dérivant du premier elle prendra fin avec le mariage, dérivant du second elle lui survivra. La question est de nature à se présenter dans deux cas : soit à la mort du conjoint coupable, soit à la prononciation du divorce, si la conversion de la séparation en divorce est demandée et accordée.

La jurisprudence a eu à se poser cette question.

Dans l'arrêt de la Cour de Paris il est dit que le jugement de séparation de corps qui avait alloué à la femme une pension alimentaire était fondé à la fois sur l'art. 212 et sur l'art. 301. La Cour en a conclu que la pension continuait à être due en vertu du jugement de séparation de corps, parce que ce jugement trouvait toujours, malgré le divorce, un fondement rationnel et suffisant dans l'art. 301, à défaut de l'autre.

Il y a au fond de ce raisonnement une contradiction : soutenir que la créance d'aliments de la femme séparée se fonde à la fois sur l'art. 212 et sur l'art. 301 c'est soutenir qu'elle est née tout ensemble *ex contractu* — par le fait de mariage, et *ex delicto* — des torts du conjoint qui ont amené le divorce. C'est donner à la même créance deux causes inconciliables.

La Cour de Riom n'a pas commis cette confusion. Son raisonnement suppose que les aliments peuvent être dus tantôt en vertu de l'un, tantôt en vertu de l'autre de ces deux articles. Quant à la distinction à faire, celle qui résulte de ses considérants est celle-ci : quand la pension est accordée séance tenante par le jugement de séparation de corps, on doit la considérer comme représentant l'indemnité du préjudice causé par les torts du conjoint qui mettent fin à la vie commune. Au contraire, si le

Digitized by Google

tribunal ne l'a pas accordée, et à plus forte raison s'il l'a refusée, une pension pourra sans doute être réclamée après coup, lorsque l'époux innocent se trouvera dans le besoin, mais sa demande se fondera uniquement sur l'art. 212 : ce sera une pension alimentaire ordinaire à laquelle mettront fin soit le divorce, soit la mort du débiteur.

La distinction est facile. Est-elle réellement fondée? Nous ne le pensons pas.

Le préjudice causé par la séparation de corps peut ne se produire que longtemps après, car l'époux qui l'a obtenue avait peut-être à ce moment des ressources personnelles qu'il a perdues depuis. Il n'y avait pas lieu de lui accorder une pension au moment où la séparation a été prononcée. Pourquoi le priver du bénéfice de l'art. 301, qui est très avantageux, puisqu'il n'y a point de faute de sa part? Le même raisonnement lui est toujours applicable : si l'autre époux n'avait pas eu de torts, il n'y aurait pas eu de séparation et cet époux innocent ne se trouverait pas aujourd'hui dans le besoin.

La jurisprudence se débat au milieu des impossibilités qui découlent du principe faux qu'elle a adopté. La coexistence des deux principes d'action, l'application concomitante des deux art. 212 et 301 pendant la séparation de corps est impossible, puisque l'art. 301 représente, après le divorce, la réparation du préjudice causé par la perte du droit que l'époux tenait, avant le divorce, de l'article 212.

La Cour de cassation vient d'avoir pour la première fois à se prononcer sur cette question. M. le conseiller rapporteur Manau met très bien en lumière ce qu'il appelle le « caractère indemnitaire » de la pension établie par l'art. 301. Mais il semble admettre implicitement, en se référant à la jurisprudence antérieure, que cet article est applicable pendant la séparation de corps, concurremment avec l'art. 212. Il en est de même de l'arrêt rendu sur son rapport. Cet arrêt n'avait du reste à statuer que sur une application fausse de l'art. 301, faite par la Cour de Bourges après un divorce prononcé à la fois contre les deux époux, auquel cas il devient inapplicable.

Il semble, à lire les arrêts, que la question de savoir en vertu

Digitized by Google

de quel titre l'époux a obtenu la pension alimentaire soit une question de fait. Cela dépend de la rédaction du jugement ou de l'arrêt : y a-t-on cité l'art. 212 ou l'art. 301 ? On introduit ainsi dans la justice un arbitraire absolu et un choix sans motifs.

Maintenons donc très fermement la solution qui seule nous paraît rationnelle : jusqu'au divorce l'art. 212 est seul applicable ; l'art. 301 suppose nécessairement la rupture du mariage et la perte du droit écrit dans l'art. 212 : il a au plus haut degré ce que M. le conseiller Manau appelle le « caractère indemnitaire ».

La solution de la jurisprudence a cependant sur la nôtre un avantage pratique qui n'est pas à dédaigner. Si la pension alimentaire peut être octroyée dès le moment de la séparation de corps en vertu de l'art. 301, le jugement conservera son effet utile malgré la conversion de la séparation en divorce. L'époux créancier, pourvu qu'il remplisse la condition voulue, c'est-à-dire qu'il soit innocent, conservera son titre exécutoire sans avoir besoin d'obtenir une nouvelle condamnation. Tandis que si l'on admet l'application successive des deux articles, il aura besoin de prendre à nouveau jugement contre son ci-devant conjoint parce qu'il y a droit en vertu d'une autre cause et qu'il n'a plus la même qualité.

Cette perspective avantageuse n'est pourtant pas une raison suffisante pour faire de l'art. 301 un emploi abusif.

D'ailleurs la Cour de Bourges était allée beaucoup plus loin en affirmant que l'arrêt de séparation avait sur ce point l'autorité de la chose jugée, et ne pouvait être révisé par l'arrêt de conversion. Les décisions qui accordent des pensions alimentaires peuvent toujours être rapportées ou modifiées suivant l'état des besoins du créancier et des ressources du débiteur.

VI.

L'ACTION EN DÉSAVEU EST-ELLE RECEVABLE MÊME CONTRE UN ENFANT QUI N'A PAS LA POSSESSION D'ÉTAT D'ENFANT LÉGITIME ?

SI ELLE EST RECEVABLE EST-ELLE SOUMISE AUX DÉLAIS ET AUX CAUSES DE DÉCHÉANCE ÉTABLIS PAR L'ARTICLE 316? (Cour de Lyon, 21 janvier 1886, Sir., 1888, II, 77).

L'action en désaveu est celle par laquelle un mari cherche à

Digitized by Google

faire tomber la présomption de paternité que l'art. 312 dans son premier alinéa établit contre lui au profit des enfants de sa femme conçus pendant le mariage.

C'est seulement contre un enfant inscrit à l'état civil sous son nom que le mari a besoin d'exercer cette action. L'action en désaveu est un cas particulier de *contestation d'état*. Or on ne conteste pas un état à quelqu'un qui en fait ne l'a pas et qui ne le réclame pas.

Donc pas d'action en désaveu contre un enfant qui a été inscrit sous d'autres noms ou comme né de père et mère inconnus. A plus forte raison pas d'action en désaveu contre un enfant qui n'a même pas été déclaré à l'état civil. C'était précisément le cas dans l'affaire jugée par la Cour de Lyon. C'est la seconde fois qu'une hypothèse de ce genre se présente devant les tribunaux. La Cour de Riom avait déjà eu à statuer sur un cas pareil[1].

Cependant les tribunaux et les Cours dans ces deux affaires ont autorisé l'exercice de cette action.

Leurs motifs sont purement pratiques.

Les arrêts disent bien, en droit, que l'art. 312 ne subordonne pas l'action en désaveu à la condition que l'enfant sera en possession de l'état d'enfant légitime. Mais cela est sous-entendu parce que cela résulte de la nature des choses : il y a des règles que le législateur n'a pas besoin de formuler.

En réalité ce qui a entraîné la jurisprudence, c'est que l'enfant a le droit imprescriptible de réclamer sa filiation. De là une menace perpétuelle sur la tête du père; on a voulu lui permettre de s'y soustraire en prenant les devants. Il peut y avoir un grand intérêt, s'il a à craindre de voir dépérir des preuves qui sont actuellement entre ses mains.

Au fond ceci revient à rétablir, dans un cas particulier, les anciennes enquêtes d'*examen à futur* qui étaient permises « lorsque le défendeur avait lieu de craindre que le demandeur, en différant sa demande, le privât des moyens de faire sa preuve » (*Nouveau Denizart*, t. VII, p. 674), et que leurs inconvénients ont fait depuis longtemps proscrire. C'est donc un nou-

[1] Arrêt du 7 juin 1844, cité dans Dalloz, *Répert. alph.* V° *Paternité*, n° 177.

Digitized by Google

vel exemple de jurisprudence prétorienne. L'action donnée dans ces conditions est véritablement une action *utile*, donnée en dehors et à côté des termes de la loi.

La hardiesse de la jurisprudence ne s'arrête pas là.

Elle a admis pour cette action extra-légale des règles toutes différentes de celles qui sont écrites dans l'art. 316. Elle l'a soustraite aux causes de déchéance qui atteignent l'action en désaveu. Comme l'a dit M. Demolombe, l'exercice de l'action cesse d'être pour le mari une *obligation;* il devient une *faculté*. Il peut agir quand bon lui semble; il n'est plus borné par le court délai de deux mois. Notre arrêt le dit en termes formels.

Qu'est-ce à dire, sinon que l'action exercée par le mari n'est même plus, à proprement parler, l'action en désaveu de l'art. 316, mais bien l'action en contestation de légitimité réservée sous forme de preuve contraire par l'art. 325? Remarquons que l'enfant se trouve précisément dans la nécessité d'exercer une action en justice pour rechercher sa filiation, puisqu'il n'a ni titre ni possession d'état.

M. Demolombe avait entrevu ce résultat : « Nous persistons à « penser, disait-il, que l'action en désaveu qui pourra être in- « tentée en cas pareil ne sera pas précisément l'action en désaveu « que le Code a eu en vue dans les art. 312 et suivants, où il « suppose évidemment que l'enfant est en possession de sa qua- « lité d'enfant légitime. » Au lieu d'exprimer sa pensée sous cette forme réservée, M. Demolombe pouvait le dire ouvertement. Ce prétendu désaveu n'en est pas un. C'est l'art. 325 et non l'art. 316 dont se sert alors le mari.

Il y a d'ailleurs dans les considérants de la Cour de Lyon un passage qui appelle une observation.

Dans l'espèce l'enfant était né pendant la séparation de corps de ses père et mère. La Cour dit que « la loi du 6 juillet 1850 « fait cesser la présomption légale de paternité, en même temps « que l'ordonnance du juge fait cesser la cohabitation des époux. » Il y a là une inadvertance. La présomption de paternité ne cesse pas. Et la preuve c'est que la loi de 1850 a eu pour but d'ouvrir au mari l'action en désaveu qui n'a d'autre utilité que de faire tomber la présomption de la loi.

Digitized by Google

Ce qui est vrai c'est que cette présomption, qui était indestructible avant 1850, est depuis lors susceptible d'être détruite par le désaveu du mari.

VII.

UN TRIBUNAL PEUT-IL NOMMER UN CONSEIL JUDICIAIRE POUR FAIBLESSE D'ESPRIT, QUAND LES FAITS ALLÉGUÉS ONT ETÉ PRÉSENTÉS COMME DE SIMPLES ACTES DE PRODIGALITÉ ? (Cass. Req. 16 mars 1887, Sir., 1888, I, 69).

Le comte de Rochechouart avait demandé au tribunal civil la nomination d'un conseil judiciaire pour sa fille, la comtesse d'Andigné de Resteau, qu'il accusait de prodigalité. Le conseil de famille, à l'unanimité, émit un avis affirmatif. Après un interrogatoire de la défenderesse et une enquête qui fut ouverte portant sur les faits allégués, le tribunal nomma bien un conseil judiciaire, mais non pour prodigalité. Il jugea que la prodigalité n'était pas démontrée et que les faits accusaient plutôt de la faiblesse d'esprit. Il fit donc à la défenderesse l'application de l'article 499, et non de l'art. 513, comme on le lui demandait.

Sur l'appel des deux parties, la Cour d'Angers reconnut, comme le tribunal de première instance, que la prodigalité n'était pas établie, mais, à la différence des premiers juges, elle décida que la nomination d'un conseil judiciaire était impossible, du moment que la demande avait été fondée exclusivement sur la prétendue prodigalité de la défenderesse : la requête du demandeur articulant les faits, la délibération du conseil de famille, l'interrogatoire du défendeur sont des mesures essentielles, en l'absence desquelles la procédure entière et le jugement final sont entachés de nullité. Or il existe deux causes distinctes de dation d'un conseil judiciaire; on doit donc considérer ces formalités comme ayant été omises, lorsque le jugement accorde la nomination d'un conseil pour faiblesse d'esprit et que la demande a été basée sur la prodigalité : c'est comme si les formalités exigées n'avaient pas été remplies, puisque les causes de la nomination du conseil n'en ont pas fait l'objet.

La chambre des requêtes a pensé comme la Cour d'Angers et a rejeté le pourvoi.

Cette décision un peu rigoriste introduit une jurisprudence

Digitized by Google

nouvelle. En 1865 la Cour de Rouen avait jugé que le tribunal saisi d'une demande en interdiction pouvait, en la repoussant, nommer un conseil judiciaire pour prodigalité, et son arrêt avait été enregistré sans observation[1].

Le raisonnement de la Cour d'Angers et de la chambre des requêtes semble être d'une rectitude parfaite. Nous serons tenté néanmoins de lui adresser un double reproche.

Tout d'abord il y a un cas où il n'est pas fondé, et ce cas est précisément le seul où un tribunal pourra être tenté de substituer ainsi une cause à une autre en nommant un conseil judiciaire. En général, la prodigalité n'a rien de commun avec les troubles intellectuels. Les dépenses excessives du prodigue ont ordinairement pour cause une passion ou un goût extraordinaire pour quelqu'un ou pour quelque chose qui est parfaitement compatible avec la pleine possession de l'intelligence et de la volonté. Si la conduite désordonnée du prodigue suppose une rupture d'équilibre dans les idées, c'est un pur phénomène psychologique, tout à fait distinct de cet état bien caractérisé que la loi appelle folie, démence ou imbécillité. Dans les cas de ce genre, ni la famille, ni le public, ni les juges ne s'y méprendront : la demande sera fondée sur l'une des deux causes : aucune confusion, aucune substitution de l'une à l'autre ne sera possible. Mais il arrive assez fréquemment que les actes de dissipation, les dépenses exagérées ou non motivées sont le résultat d'un affaiblissement intellectuel. C'est le cas de beaucoup de vieillards, surtout chez les femmes, sous l'empire d'influences sur lesquelles il est inutile d'insister. Alors les deux causes se confondent : elles n'en font qu'une. La nomination d'un conseil judiciaire pourra être demandée à volonté, soit pour faiblesse d'esprit, soit pour prodigalité, suivant qu'on envisagera les actes extérieurs, ou leur cause profonde. Les parents peuvent s'y tromper. Peut-être par un sentiment de discrétion ou de respect choisiront-ils l'un de ces motifs plutôt que l'autre : on ne peut pas dire que leur demande soit mal introduite, puisque les deux causes existent en fait.

[1] Rouen, 18 juin 1865, Sir., 1865, II, 350; Pal., 1865, I, 282.

[2] Aubry et Ran, IVe édition, t. I, p. 516, note 20. — voy. cependant la note du Sirey, 1o co.

Digitized by Google

En second lieu, la jurisprudence nouvelle peut aboutir à un véritable déni de justice. Si les parties se sont trompées, si elles ont vu une simple prodigalité là où le tribunal découvre une altération plus grave de l'esprit, elles se verront refuser la protection de leur parent, peut-être pour un temps très long, car la procédure a pu durer longtemps et il faudra la recommencer entièrement. Et cela justement parce que le motif de l'incapacité est plus réel et plus grave qu'elles ne se l'imaginaient. Il faut avouer que la solution n'est guère satisfaisante.

Quant à l'argument de la Cour, qui consiste à dire que les formalités n'ont pas été remplies parce que la cause sur laquelle le tribunal se fonde n'a pas été examinée, c'est un raisonnement qui réside dans l'arrangemement des mots et que contredit une vision nette des faits. Le demandeur est obligé d'articuler par écrit les faits sur lesquels il appuie sa demande : il est évident que ce sont ces faits précisés et indiqués par lui qui font, article par article, l'objet de la délibération du conseil de famille, de l'interrogatoire et de l'enquête. C'est sur eux que roule la discussion. Peut-on dire que cette triste formalité n'a pas été remplie, parce que les actes du défendeur sont susceptibles d'être attribués aussi bien à la faiblesse d'esprit qu'à la prodigalité? Évidemment non. Les faits allégués ont été vérifiés, examinés, appréciés, et c'est justement parce qu'ils l'ont été que le tribunal a pu reconnaître qu'ils avaient tel ou tel caractère, telle ou telle cause.

Ne voit-on pas tous les jours des tribunaux accorder le divorce ou la séparation de corps pour injure grave, alors que la demande se fonde sur une condamnation correctionnelle? Et n'en était-il pas de même avant 1884 pour l'adultère du mari commis hors de la maison conjugale?

Ce qui justifie la demande, en matière de divorce comme en matière d'interdiction, ce sont les faits pris en eux-mêmes, et non pas leur qualification juridique. Ce n'est pas une demande nouvelle que de demander en appel une nomination de conseil pour faiblesse d'esprit au lieu de prodigalité, quand les causes de cette demande, c'est-à-dire les faits allégués, restent les mêmes.

Voilà pourquoi nous nous permettons de penser, malgré l'autorité de la Cour de cassation, qu'un tribunal peut nommer un

Digitized by Google

conseil judiciaire pour l'une de ces deux causes, quand les faits allégués lui ont été présentés comme rentrant dans l'autre cause : c'est le résultat du droit d'appréciation qui lui appartient. C'est aussi la conséquence de ce fait que les actes du défendeur, suffisants pour justifier cette mesure, peuvent parfois mériter en même temps les deux qualifications légales. MARCEL PLANIOL.

DU ROLE DES LIQUIDATEURS CRÉÉS PAR LA LOI DU 4 MARS 1889,

par M. E. VALABRÈGUE, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

La loi du 4 mars 1889 a établi dans notre droit commercial une situation nouvelle dont le but est de faire échapper à la faillite et à ses conséquences le commerçant malheureux et de bonne foi qui se voit forcé de cesser ses paiements.

Cette situation nouvelle est la liquidation judiciaire : à côté d'elle subsiste la faillite dont pourra être frappé tout commerçant indigne de la faveur de la loi de 1889, de même que tout commerçant, qui après avoir obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire se trouvera dans l'un des cas énumérés par l'art. 19.

Ce régime nouveau dont la réglementation fait l'objet de la loi du 4 mars 1889 laisse subsister au profit du commerçant en état de liquidation judiciaire des pouvoirs de gestion assez larges, mais à côté de lui, pour l'assister, la loi place les liquidateurs.

Nous nous proposons dans cette note en laissant de côté les pouvoirs attribués au liquidé de rechercher exactement le rôle que les liquidateurs sont appelés à jouer dans la nouvelle institution : ce rôle est double, il faut l'examiner, soit par rapport au liquidé, soit par rapport aux créanciers de la liquidation : ces créanciers qui dans la faillite forment la masse.

M. Laroze, dans ses rapports de 1884 et de 1887, déterminait comme il suit les fonctions du liquidateur. « Le liquidateur n'est qu'un agent destiné à faciliter aux créanciers et au débiteur les diverses opérations devant aboutir à un concordat. » (Pages 69 et 70, rapp. de 1887, *Documents parlementaires*, n° 1842, page 44, rapp. 1884, *Documents parlementaires*, n° 2632).

Digitized by Google

« La création de la liquidation judiciaire a exigé que des agents nouveaux reçussent une mission nouvelle.

« Ce serait une erreur complète que d'assimiler les liquidateurs aux syndics établis par le Code de 1807 et celui de 1838.

« Le liquidateur, dans la pensée de votre commission, est à la fois le conseil du débiteur et le surveillant, nommé par justice, d'une situation qui, sans sa présence, pourrait présenter des dangers. Il ne représente ni la masse, ni le débiteur. Celui-ci n'est dessaisi que d'une partie de l'administration de ses biens. Aux yeux du public il paraît encore à la tête de ses affaires, situation difficile parce qu'il est soumis, à ce moment, à des sollicitations dangereuses, à des pressions morales souvent coupables de la part de ses créanciers. Il a donc fallu placer à son côté un agent qui put être à la fois son appui et son surveillant; qui rompu à la pratique des affaires, pût éviter les dangers imminents et prendre en même temps des précautions pour sauvegarder les intérêts des créanciers, qui fût, dans certaines circonstances, un intermédiaire de confiance entre eux et le débiteur en même temps qu'entre le tribunal et tous les intéressés.

« Comme surveillant des intérêts des créanciers, le liquidateur est tenu de faire tous les actes conservatoires prescrits aujourd'hui aux syndics. C'est lui qui fait connaître aux créanciers et à la justice le véritable état de la liquidation : il doit avoir assez de fermeté pour signaler les fraudes qu'il pourrait apercevoir et qui entraîneraient la déclaration de faillite. Les deniers à encaisser doivent tous passer par ses mains. Il doit prendre l'avis des contrôleurs sur toutes les questions importantes qui peuvent se présenter, et, s'il s'élève entre eux une dissidence, c'est le juge-commissaire qui statue, sauf recours dans les cas les plus graves au tribunal. » (Rapports 1887, p. 110 et s. 1884 p. 75 et s.).

Nous allons maintenant étudier sur les textes de la loi de 1889 comment le législateur a mis en œuvre les idées générales développées par le rapporteur.

I. *Relations entre le liquidateur et le liquidé.* — Le liquidateur ne représente pas le liquidé : celui-ci n'est pas dessaisi de la gestion de son patrimoine : par deux fois la Chambre a

Digitized by Google

rejeté un amendement proposé sur l'art. 6 qui tendait à donner la gestion de la liquidation au liquidateur (Séances du 18 octobre 1888 et 7 février 1889).

Le liquidé reste donc à la tête de son patrimoine, mais sa liberté d'agir se trouve notablement diminuée : certains actes lui sont totalement interdits. Il ne peut les faire ni seul ni avec le concours d'autres personnes (art. 5, § 3), il s'agit dans cet article d'actes de disposition qui diminuant le patrimoine diminueraient le gage des créanciers. Tout actes qui au contraire sont des actes d'administration peuvent être accomplis par le liquidé : la loi donne l'énumération de ces actes dans les art. 6, 7, 18.

Mais la capacité du liquidé n'est pas complète, la loi organise une gradation dont le but est de préciser les différents organes de la liquidation judiciaire qui sont appelés à compléter la capacité du liquidé.

Or il est à remarquer que pour les différents actes énumérés par nos textes le liquidé doit, pour y procéder, être, toujours, assisté par le liquidateur. La nature de l'assistance que le liquidateur prête au débiteur a été d'ailleurs définie dans la discussion : on a dit que le liquidé était comme un individu en curatelle, que le liquidateur était un véritable curateur, que l'assistance c'était le concours de la personne du liquidateur à tous les actes du débiteur.

En principe donc le liquidé ne peut rien faire sans l'assistance du liquidateur, sauf pour l'exercice des actions exclusivement attachées à la personne, d'autre part ce dernier n'a l'initiative d'aucun acte intéressant le patrimoine du débiteur. Cette situation peut amener à des conflits :

Le liquidateur pense qu'il y a opportunité à procéder à tel ou tel acte, le liquidé n'accepte pas la manière de voir du liquidateur et reste inactif.

Le liquidé au contraire voudrait faire telle ou telle opération, le liquidateur refuse de l'assister.

Le liquidateur pourra-t-il avoir raison de l'obstination du débiteur; celui-ci pourra-t-il vaincre la résistance du liquidateur? Comment le conflit cessera-t-il ?

La loi a prévu la première hypothèse, le cas où le liquidé

Digitized by Google

s'obstine dans son abstention d'agir. L'art. 6 § 2 décide « qu'au refus du débiteur il pourra être procédé par les liquidateurs seuls. »

Les liquidateurs sont donc légalement substitués au débiteur au refus de celui-ci d'agir; mais cette substitution n'est pas absolue : il n'est pas loisible aux liquidateur, dans tous les cas où le débiteur refuse de faire un acte, d'y procéder en son lieu et place.

Le Chambre des députés, dans sa séance du 7 février 1889, avait adopté une proposition qui terminait l'art. 6 § 1 et qui était ainsi conçue : « Cette disposition (le droit d'agir pour les liquidateurs) s'applique à tous les cas dans lesquels la présente loi prescrit l'assistance du débiteur par les liquidateurs, si le débiteur refuse son concours ou s'il est empêché par un motif quelconque. »

Ce membre de phrase a été supprimé par le Sénat et cette modification a été définitivement acceptée par la Chambre. La conséquence de ces votes successifs, c'est que le droit de se substituer au liquidé se trouve limité pour les liquidateurs aux cas prévus par l'art. 6 § 1 : c'est-à-dire, aux recouvrements des effets et créances exigibles, aux actes conservatoires, à la vente des objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, aux actions à intenter ou à suivre. Quant à tous les autres actes, continuation de commerce du liquidé, désistement, renonciation, acquiescement, transaction, continuation du bail, le liquidé est seul juge de l'opportunité de l'acte; s'il ne veut pas continuer son commerce, etc., etc., les liquidateurs n'ont pas le droit de lui imposer leur volonté et de se substituer à sa personne.

M. Demole, dans son deuxième rapport annexé au procès-verbal de la séance du 21 février 1889 (*Documents parlementaires*, session 1889, Sénat, n° 46, p. 11 et s.), en proposant la distinction que nous venons d'indiquer, la justifiait comme il suit:

« D'après le nouvel art. 6 voté par la Chambre, le liquidateur autorisé par le juge-commissaire fera seul tous les actes prévus par la loi si le débiteur refuse son concours.

« Cette extension générale de l'action personnelle du liquida-

Digitized by Google

teur, cette annulation absolue, et pour tous les cas de la volonté du commerçant en état de liquidation judiciaire, doivent-elles être acceptées par le Sénat?

« Quand il s'agit d'actes qui engagent presque nécessairement, ou tout au moins qui engagent le plus souvent une question d'urgence (comme le recouvrement d'une créance actuellement exigible, comme un acte conservatoire à accomplir, comme une action qu'il peut être important d'exercer sans délai, et nous ajouterons même volontiers, comme la vente immédiate des marchandises qui se détérioreraient en restant en magasin, quand il s'agit de ces choses-là, l'appréciation est, en quelque sorte, dominée par la matérialité du fait), et quand cependant on peut craindre que le commerçant, sous l'empire d'influences très diverses et qu'il est possible de concevoir, résiste à ce qui sera presque toujours l'évidence et compromette ainsi son propre intérêt et celui de ses créanciers, nous admettons très volontiers qu'il convient de faire appel à une intervention efficace de l'agent de la liquidation.

« Allons-nous permettre au liquidateur d'imposer au débiteur une transaction ou un désistement, alors que le débiteur proteste et considère cette transaction ou ce désistement comme absolument contraire à son intérêt?

« Et dans le cas de l'art. 450, C. com., voulons-nous que le bail des immeubles affectés au commerce du débiteur, y compris les locaux dépendant de ces immeubles et servant à son habitation et à celle de sa famille, cesse ou continue par la volonté du liquidateur, alors que l'intention du débiteur serait directement opposée?

« Il nous a paru que, sous le régime de la liquidation judiciaire, les actes que nous venons de préciser relèvent intimement, pour ainsi dire, de la personne et de la volonté du débiteur, et que, si pour faire ces actes nous sommes conduits à lui imposer une assistance ou un contrôle, nul ne peut exiger qu'il les fasse quand il ne le veut pas. »

Mais alors même qu'il s'agit d'une de ces hypothèses où le liquidateur peut se substituer au débiteur inactif, la loi ne lui permet pas d'agir sans contrôle : l'art. 6, § 2 exige, en effet, tantôt

Digitized by Google

que le juge-commissaire autorise la liquidateur à procéder à l'acte de gestion qu'il considère comme utile à la bonne administration du patrimoine; tantôt que le liquidateur prenne l'avis des contrôleurs.

Le juge-commissaire autorise les liquidateurs pour tous les faits prévus par l'art. 6, § 1, sauf pour les actions à intenter: Dans ce cas particulier l'autorisation du juge-commissaire est remplacée par l'avis des contrôleurs (art. 10, § 2), le débiteur doit être mis en cause.

M. Demole dans son rapport précité donnait la raison pour laquelle on devait recourir soit au juge-commissaire, soit aux contrôleurs.

« Cette autorisation (celle du juge-commissaire), qui constitue dans tous les cas une sérieuse garantie, sera encore le titre qui, en constatant le refus de concours du débiteur, légitimera et régularisera, devant les tiers, l'action personnelle du liquidateur. Disons cependant qu'une exception nous paraît s'imposer à cette règle : quand il y aura une action à intenter, on ne peut évidemment songer à prendre l'avis du juge-commissaire. Un juge ne peut être appelé à autoriser l'introduction d'un procès. Toutes garanties sur ce point résulteront d'ailleurs de la nécessité de prendre l'avis des contrôleurs et de mettre le débiteur en cause. » (Rapport précité page 13.) Mais que faut-il décider s'il n'y a pas de contrôleur. Sous quelle condition le liquidateur intentera-t-il valablement l'action en justice? L'institution des contrôleurs est, en effet, facultative (art. 9, § 3), les créanciers ont reconnu qu'il y avait là un rouage inutile, il n'a pas été désigné de contrôleurs : le liquidateur pourra-t-il de sa seule volonté agir en justice à la condition de mettre le liquidé en cause?

C'est une question qui n'a pas été prévue dans la discussion de la loi : il nous paraît que l'organe appelé à donner son avis faisant défaut, le liquidateur aura le droit d'agir sans autre formalité que celle de la mise en cause du liquidé.

MM. Goirand et Périer, dans leur étude de la loi de 1889, page 180, donnent une autre solution : il faudra d'après ces auteurs provoquer une assemblée de créanciers à seule fin de nommer des contrôleurs parce qu'il est dans l'esprit de la loi que

Digitized by Google

les créanciers soient toujours consultés à ce sujet. Cette solution nous paraît critiquable, d'abord au point de vue pratique, il y aura là une complication qui entravera la marche de la liquidation : de plus ces contrôleurs nommés à cause d'un incident particulier de la liquidation, ne connaîtront rien de la situation, leur avis n'aura pas pour base une opinion raisonnée de la situation, et s'ils veulent, pour mettre à couvert leur responsabilité, ne se prononcer qu'a bon escient, il leur faudra reprendre la liquidation dès l'origine, étudier ses différents éléments, et alors que de temps perdu ! Le liquidateur n'aura-il pas sur leur manière de voir une influence très grande, lui qui depuis le début a suivi les phases de la liquidation ? Ces contrôleurs n'accepteront-ils pas son opinion?

Il est certes vrai de dire que la loi a voulu par l'institution des contrôleurs qu'une surveillance fût exercée sur les actes du liquidé et du liquidateur : le projet voté par la Chambre des députés allait très loin dans cette idée : il rendait la nomination des contrôleurs obligatoire; mais le Sénat rejetta cette solution, la nomination des contrôleurs est devenu facultative : lors donc que les créanciers ont reconnu qu'il n'y avait pas lieu de choisir parmi eux des mandataires, chargés de veiller à leurs intérêts communs, lorsqu'ils ont renoncé à la protection que la loi leur accordait, pourquoi venir après coup les obliger, car ici la désignation deviendrait obligatoire, à faire cette désignation?

Et d'ailleurs comment sortir de la difficulté si aucun créancier ne veut accepter les fonctions de contrôleur : le liquidateur paralysé d'un côté par le liquidé qui ne veut pas intenter l'action en justice, le sera-t-il d'un autre côté par la loi elle-même qui l'obligerait toujours à prendre l'avis des contrôleurs pour substituer son initiative à l'inertie du liquidé?

Nous arrivons donc au résultat suivant dans les cas où le débiteur refuse d'agir : le liquidateur le remplace valablement dans les hypothèses de l'art. 6 § 1, soit avec l'autorisation du juge-commissaire, soit après avis des contrôleurs, soit enfin sans autres formalité que la mise en cause du débiteur s'il n'y a pas de contrôleurs. En dehors des hypothèses prévues par l'art. 6 § 1 au refus d'agir du liquidé il ne sera pas possible de remplacer sa volonté par une volonté contraire.

Digitized by Google

Supposons maintenant que c'est le liquidateur qui refuse son assistance au liquidé : celui-ci pourra-t-il vaincre la résistance qu'on lui oppose?

La loi ne prévoit pas ce conflit : cependant lors de la discussion l'attention de la commission a été appelée sur ce conflit possible : dans la séance du 7 février 1889 l'auteur de l'amendement qui voulait que la gestion du patrimoine fût confiée aux liquidateurs prononçait les paroles suivantes : « Les liquidateurs n'ont qu'un droit d'assistance. Quelle est la portée de cette expression? Cela veut-il dire que le liquidé ne pourra faire aucun des actes de l'art. 6 sans l'assentiment des liquidateurs? il faudrait le dire ». Le rapporteur ne répondit pas à ces questions. Que décider? Nous avons dit que dans la discussion on avait à plusieurs reprises comparé le liquidateur à un curateur : or il est généralement admis que lorsque le curateur refuse d'assister le mineur émancipé, celui-ci peut s'adresser au conseil de famille et même au tribunal afin qu'il soit enjoint au curateur de prêter son assistance ou afin qu'il soit nommé un curateur *ad hoc* si le curateur persiste dans son refus.

Il nous paraît que le même procédé serait régulièrement employé par le débiteur pour vaincre la résistance du liquidateur.

L'assemblée des créanciers représentant le conseil de famille, c'est à elle que devrait d'abord s'adresser le liquidé : mais il nous paraîtrait plus pratique de laisser de côté l'assemblée des créanciers dont la convocation demanderait un certain temps : *de plano* nous admettrions que le liquidé s'adresse au tribunal pour que celui-ci donne l'ordre au liquidateur d'assister le débiteur et à son refus de procéder à son remplacement ou à la nomination d'un liquidateur *ad hoc :*

Les relations de liquidé à liquidateur présentent encore une difficulté : quand il y a plusieurs liquidateurs, faut-il, pour que le liquidé agisse valablement, l'assistance collective ou suffit-il que l'un des liquidateurs ait assisté le liquidé?

Les divers articles de la loi de 1889 qui parlent du rôle des liquidateurs supposent qu'ils agissent collectivement : il faudra donc que tous assistent le liquidé; du reste s'il y a conflit d'opi-

Digitized by Google

nion entre les co-liquidateurs le conflit sera levé comme au cas où il y a divergence entre le débiteur et le liquidateur, le tribunal pourra autoriser le liquidateur qui partage le sentiment du liquidé à assister ce dernier.

Un autre conflit est encore possible lorsqu'il y a plusieurs liquidateurs : à supposer que le débiteur reste dans l'inaction, que les liquidateurs soient d'avis divers sur l'opportunité, la nécessité d'agir, que se passera-t-il ?

L'art. 6 § 2 qui permet dans certains cas la substitution du liquidateur au liquidé suppose qu'il sera procédé au refus du débiteur par les liquidateurs; l'un seul d'entre eux ne pourrait agir régulièrement : toutefois nous ne donnerions cette solution qu'avec une certaine réserve : la pluralité de liquidateurs a été introduite dans la loi à la suite d'un amendement présenté au Sénat (Séance du 14 janvier). Son auteur faisait observer qu'il sera quelquefois utile d'avoir plusieurs liquidateurs, lorsque par exemple le liquidé aura des intérêts dans diverses villes; dans cette situation ne pourrait-on pas appliquer la règle de l'art. 465 relatif aux syndics?

II. *Relations entre les liquidateurs et les créanciers.* — Dans ses rapports M. Laroze, déterminant le rôle du liquidateur vis-à-vis les créanciers, a dit : « Il ne représente ni la masse, ni le débiteur. Comme surveillant des intérêts des créanciers le liquidateur est tenu de faire tous les actes conservatoires prescrits aujourd'hui aux syndics... » Le liquidateur n'est donc pas le mandataire judiciaire des créanciers. Plus loin rappelant les fonctions des syndics, le rapporteur s'exprime ainsi : « Les syndics ont, au contraire, toutes les fonctions de ceux qui avaient été chargés par la loi de 1838 de liquider l'union. A la différence des liquidateurs, ils représentent le failli et la masse : ils agissent en leur nom dans les limites fixées par la loi et la jurisprudence actuelles. » La même idée de la non représentation de la masse par le liquidateur se trouve dans le droit de tierce opposition reconnue aux créanciers au cas d'homologation de transaction. (p. 66, rapp. de 1887.)

Cette manière d'envisager le rôle des liquidateurs est féconde en conséquences : elles n'ont pas, il est vrai, été prévues par la

Digitized by Google

loi, de là des difficultés d'interprétation qui ne peuvent manquer de se produire.

Il est certains points pour lesquels il n'y aura pas de doute. A l'égard du liquidé comme nous l'avons vu les liquidateurs ont surtout une mission d'assistance, ils ne jouent qu'exceptionnellement un rôle actif dans la gestion du patrimoine du débiteur; à l'égard des créanciers ils ont un rôle actif à remplir, mais nous croyons qu'il doit être limité aux faits prévus par la loi.

Prenant comme point de départ de ce rôle les expressions des rapports, nous dirons, ils sont des surveillants des intérêts des créanciers, à ce titre, la loi leur impose les obligations suivantes : arrêter et signer les livres du débiteur, procéder à l'inventaire des biens avec le liquidé. On détermine ainsi l'actif et le passif, ce qui permettra plus tard aux créanciers de se prononcer en connaissance de cause sur les propositions de concordat que leur soumettra leur débiteur, prendre inscription d'hypothèque sur les biens du liquidé conformément à l'art. 490, C. civ., on gage aussi pour l'avenir et s'il en est besoin la fortune immobilière du débiteur au profit de ses créanciers actuels, toucher les fonds provenant des ventes et recouvrements et les verser à la Caisse des dépôts et consignations, on s'assure ainsi que les sommes touchées par le liquidé ne seront pas dissipées. Recevoir les titres des créanciers et procéder à la vérification et à l'affirmation des créances. Cette vérification et cette affirmation se font d'après les règles du Code de commerce : il y est toutefois dérogé pour les délais de production et de réunion des créanciers, les délais sont plus courts; pour l'affirmation, celle-ci a lieu dans la même réunion que la vérification. Réaliser et répartir l'actif abandonné au cas de concordat par abandon d'actif. Réaliser et répartir l'actif si le concordat est rejeté sans déclaration de faillite, enfin rendre compte de tous leurs actes (art. 4, § 1, 2e phr., art. 6, § 5, art. 11, art. 12, art. 15, § 2, 3 et 4, art. 19, § 1-2o).

Chargés par la loi d'accomplir ces faits multiples dans l'intérêt des créanciers, les liquidateurs sont responsables des fautes qu'ils auront pu commettre; recevant une indemnité, leur responsabilité devra s'apprécier d'après les règles de l'art. 1992, C. civ.

Digitized by Google

La loi règle la durée de cette responsabilité dans un cas, c'est celui où il s'agit des titres qui leur ont été remis, ils en sont responsables pendant dix ans à partir de la reddition de leurs comptes (art. 11, § 4). Un amendement produit au cours de la deuxième discussion de la Chambre, séance du 7 février 1889, voulait limiter la durée de la responsabilité à cinq ans, parce que, disait-on, ce délai de dix ans rend la situation du liquidateur onéreuse, mais on a conservé ce délai de dix ans pour faire concorder l'obligation du liquidateur avec la nécessité où se trouvent les commerçants de conserver leurs livres pendant une période semblable. Quand il y a plusieurs liquidateurs sont-ils solidairement responsables? La question de solidarité a été posée au Sénat, séance du 14 janvier 1889, pour les cas de titres remis aux liquidateurs; le rapporteur a répondu que la solution peut être différente suivant les circonstances et qu'il faut absolument laisser aux juges le soin d'apprécier souverainement.

Ce sera donc ici une question de fait dont la solution rentrera dans l'application souveraine du tribunal.

Mais que faut-il décider pour tous les autres actes que la loi charge les liquidateurs d'accomplir? On doit appliquer l'art. 465, C. com., qui règle la situation faite aux cosyndics, et suivant la distinction de ce texte, il y aura ou non solidarité entre les coliquidateurs: du reste les divers articles de la loi de 1889 qui parlent du rôle des liquidateurs, supposent qu'ils agissent collectivement.

Toutes les manifestations de l'initiative imposée par la loi nouvelle aux liquidateurs sont aussi imposées aux syndics au cas de faillite: Mais lorsqu'il y a faillite le rôle des syndics se développe d'une façon importante: ils représentent la masse; c'est entre leurs mains que se concentrent toutes les actions à exercer qui intéressent la masse: ils sont les mandataires des créanciers; ceux-ci ne peuvent plus agir individuellement, à moins qu'ils n'aient des intérêts opposés à ceux de la masse, alors le syndic représentant celle-ci devient l'adversaire du créancier dont les droits sont en conflit avec ceux des autres créanciers.

Faut-il appliquer cette théorie aux liquidateurs et dire que dans le silence des textes ce sont eux qui seront les représentants

Digitized by Google

des créanciers et que s'il y a des actions à intenter dans l'intérêt commun, l'exercice leur en est dévolu à l'exclusion des créanciers ?

Cette façon d'envisager le rôle des liquidateurs peut se défendre par des considérations puissantes. On pourrait en effet invoquer en faveur de cette solution les raisons qui dans la faillite justifient le droit exclusif des syndics à agir. C'est pour assurer l'unité de direction et éviter les frais inutiles que l'on a concentré entre les mains du syndic toutes les actions qui intéressent la masse : l'unité de direction est aussi utile dans la liquidation que dans la faillite, il faut donc la confier aux liquidateurs.

Mais, est-ce bien la solution à laquelle s'est arrêtée le législateur de 1889 ? Il nous paraît difficile de l'admettre et c'est là le point le plus délicat de la loi nonvelle.

Et d'abord l'unité de direction disparaît dans la liquidation. En effet dans toutes les actions qui naissent normalement et régulièrement des obligations à la charge ou au profit du liquidé, c'est lui qui est défendeur ou demandeur au procès. Ce n'est qu'à son refus d'agir que les liquidateurs se substituent à sa personne. C'est, il est vrai, une conséquence du principe que le dessaisissement n'atteint pas le liquidé, mais il n'en résulte pas moins que la direction n'est plus concentrée, pour les actions naissant des opérations régulières du liquidé, entre les mains des liquidateurs.

La loi s'en exprime à ce point de vue d'une façon très formelle.

D'autre part au regard des créanciers les liquidateurs ne sont que des agents de surveillance, ils ne représentent pas la masse dit M. Laroze.

Quelle est la porté de ces expressions ?

C'est que les liquidateurs n'étant pas les mandataires de la masse n'ont, en dehors des fonctions qui leur ont été nommément dévolues par la loi, aucun droit à agir dans l'intérêt commun. Or, la loi de 1889 réserve en cas de liquidation judiciaire l'application des art. 446 et s., C. com. : c'est-à-dire que certains actes faits par le liquidé pendant la période suspecte ou dans les dix jours qui la précèdent doivent être déclarés nuls ou peuvent être an-

Digitized by Google

nulés (art. 446 et 447); que certaines inscriptions tardives peuvent être annulées (art. 448 § 2): lorsqu'il s'agira donc d'atteindre soit un des actes des art. 446 et 447, soit une inscription qui a été prise dans les conditions de l'art. 448 § 2, qui agira ?

Quand il y a faillite, la question n'est pas douteuse : le syndic poursuit dans l'intérêt de la masse la nullité ou l'annulabilité des actes suspects ou des inscriptions tardives : un ou plusieurs créanciers, dans l'intérêt commun, ne pourraient substituer leur initiative à celle du syndic; si celui-ci n'agit pas, il ne reste aux créanciers que la ressource des art. 465 et 467, C. com., et une action en dommages-intérêts contre le syndic pour le préjudice éprouvé.

En cas de liquidation judiciaire, les liquidateurs ne sont pas les mandataires de la masse : le résultat, c'est qu'ils n'ont pas entre leurs mains l'exercice des actions dérivant des art. 446 et s. S'ils prennent l'initiative et poursuivent la nullité des actes accomplis pendant la période suspecte ou des inscriptions tardives, les créanciers, n'ayant pas été régulièrement représentés au procès, conservent le droit d'attaquer la décision, si elle leur est défavorable, par la voie de la tierce opposition; de son côté, le tiers, s'il a succombé au procès, refusera d'exécuter le jugement à l'égard de la masse; il invoquera la relativité de la chose jugée; il pourrait même opposer au liquidateur qu'il est sans droit pour agir et que son action est irrecevable.

Il reste donc à chaque créancier le droit d'agir individuellement pour arriver au respect des dispositions contenues dans les art. 446 et s.; il n'est pas douteux d'ailleurs que le créancier qui voudra agir ne le pourra dans son intérêt personnel. Ces textes, en effet, ne doivent s'appliquer qu'en vue de l'intérêt que la loi a voulu protéger; or cet intérêt c'est celui de la masse; c'est dans l'intérêt général que le créancier poursuivra l'obtention des nullités des art. 446 et s.

Mais avec cette solution que de nouvelles difficultés! Le créancier a-t-il le droit d'intenter l'action de sa propre autorité ou lui faut-il prendre l'avis des contrôleurs, s'il en a été désigné? Il nous paraîtrait rationnel de s'arrêter à cette seconde manière de voir, et cela par extension de l'art. 10, § 2.

Digitized by Google

Quelle sera la valeur du jugement? La décision rendue, si l'on recourt aux principes généraux de l'autorité de la chose jugée, ne peut être que relative : défavorable au créancier, les autres créanciers ne sont pas tenus de la respecter; favorable à la prétention du créancier, l'exécution ne saurait en être poursuivie par la masse; mais celle-ci en profitera cependant, car celui qui aura pris l'initiative de la poursuite ne peut profiter seul du résultat heureux obtenu.

Pour suivre le procès intenté par le créancier des frais auront été exposés : si le créancier triomphe, l'adversaire les supportera (art. 130, C. pr. civ.); il faut aller jusqu'à admettre que les frais qui ne seront pas à la charge du défendeur seront réclamés par le créancier à la masse puisqu'en dernière analyse c'est elle qui profite de la condamnation obtenue : mais si le créancier succombe, il sera condamné aux dépens sans pouvoir les récupérer contre la masse. La même difficulté se présentera quand le liquidé aura fait l'un des actes qui lui sont défendus (art. 5 § 3) : qui exercera l'action en nullité dans l'intérêt de la masse?

Si tel doit être le résultat, quel est celui des créanciers qui voudra ainsi faire des poursuites dont la conséquence pourra être pour lui une perte? N'y a-t-il pas alors à craindre que personne n'ose entreprendre la lutte contre celui qui a traité avec le liquidé pendant la période suspecte, les intérêts communs ne seront-ils pas compromis?

En présence de l'affirmation répétée par le rapporteur de la loi que les liquidateurs sont de simples agents de surveillance, il eût été bon que l'attention du législateur eût été appelée sur les difficultés que nous venons d'indiquer : mais rien dans la discussion ne nous a révélé que dans l'une ou l'autre Chambre on eût envisagé les conséquences doctrinales de la loi nouvelle.

Il y aurait sans doute un moyen de parer aux inconvénients résultant de la théorie à laquelle nous nous sommes arrêtés : ce serait que les créanciers investissent d'un mandat conventionnel les liquidateurs afin que ceux-ci agissent régulièrement dans l'intérêt de tous.

La loi nouvelle présente encore une dérogation, nous le croyons, aux règles de la faillite, c'est en ce qui touche l'exercice

Digitized by Google

des actions du débiteur : celui-ci, nous l'avons vu, conservant la gestion, n'étant pas dessaisi, a le droit d'intenter toutes les actions intéressant son patrimoine, à son défaut les liquidateurs peuvent agir, mais qu'arrivera-t-il si ni le liquidé ni les liquidateurs n'intentent l'action ?

Les créanciers contre les liquidateurs pourront demander leur révocation en application de l'art. 466 et 467, C. Co., mais voici où se trouvera la dérogation aux règles de la faillite : les créanciers du failli n'ont pas le droit, quand le syndic n'agit pas, d'invoquer l'art. 1166 et de substituer leur initiative à celle du syndic : au cas de liquidation judiciaire puisqu'il n'y a plus ni dessaisissement, ni gestion conférée à un agent de la liquidation, ni représentant de la masse, chaque créancier prenant en mains les intérêts généraux pourra agir au lieu et place du débiteur.

La non représentation de la masse par le liquidateur entraîne encore une conséquence importante : lorsqu'il y a jugement rendu sur une contestation au cas de faillite, la masse étant représentée par le syndic; le jugement lui est opposable, il n'en est plus de même en liquidation judiciaire. Cette solution est donnée par M. Laroze pour le cas de jugement d'homologation à une transaction : la raison qu'en donne le rapporteur peut s'appliquer à toutes les décisions judiciaires. « Il est bien compris que tout créancier peut intervenir dans l'instance en homologation, mais comme le liquidateur ne représente pas la masse, l'application des art. 474 et suiv. du Code de procédure est de droit, et le créancier qui ne sera pas intervenu conservera la faculté d'attaquer le jugement par la voie de la tierce opposition. »

E. VALABRÈGUE.

OBSERVATIONS SUR LA CONDITION FAITE AUX SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EN FRANCE D'APRÈS LE PROJET DE LOI VOTÉ PAR LE SÉNAT,

Par M. Arthuys, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers.

La situation des sociétés étrangères en France a été déjà l'objet de nombreux travaux, et un titre spécial leur a été consacré dans le projet de loi actuellement voté par le Sénat et déposé à la

Digitized by Google

Chambre des députés [1]. Cette réforme, qui a déjà provoqué les critiques de plusieurs jurisconsultes, ne nous paraît pas à tous égards conforme aux principes du droit international. Aux remarques si judicieuses faites sur ce point, nous voulons ajouter quelques observations sur plusieurs des articles consacrés par le projet de loi à ce sujet. Trois questions doivent attirer notre attention, l'autorisation du gouvernement nécessaire aux sociétés étrangères établies en France pour se livrer au commerce et pour plaider, l'émission des actions et leur négociation.

I. *De l'autorisation du gouvernement.* — L'autorisation du gouvernement demande un retour rapide sur le passé, pour comprendre la portée de l'art. 90 du projet. Les sociétés commerciales sont des personnes morales, elles se trouvent donc par suite, au point de vue de leurs droits et de leurs obligations, dans la même situation que les personnes physiques. Les lois qui leur conférent la personnalité sont des lois qui régissent leur état et leur capacité ; et, d'après les principes du droit international, cet état et cette capacité sont déterminés par la loi nationale. C'est l'opinion qui tend à prévaloir, d'autres accordent la préférence à la loi du domicile. Une société régulièrement constituée, doit donc être capable d'exercer en France tous ses droits, comme le ferait un étranger capable. Cette solution, admise pour les sociétés en nom collectif et en commandite, a été contestée en ce qui concerne les sociétés anonymes. Cette différence avait sa cause dans l'art. 37 du Code de commerce, d'après lequel une société anonyme ne pouvait exister sans l'autorisation du gouvernement. C'est qu'en effet, si la loi nationale régit l'état et la capacité des étrangers en France, c'est à la condition qu'il n'en soit pas décidé autrement par une loi d'ordre public, or, on ne saurait contester ce dernier caractère à l'art. 37. Cambacérès disait à ce propos : « L'ordre public est intéressé dans toute société qui se forme par actions. » La pensée du législateur est une pensée de protection, soit vis-à-vis du public, qui confierait imprudemment ses capitaux à des sociétés fondées sans garanties sérieuses, soit à l'égard des sociétés anonymes françaises, dont

[1] Sur le sens de ces expressions, *sociétés étrangères*, Voy. Chavegrin, Sir. 1888. 2. 89.

Digitized by Google

l'établissement entravé par la nécessité de l'autorisation ne pourrait rivaliser avec de nombreuses sociétés étrangères qui se formeraient avec plus de facilité. Telle était l'opinion de l'administration, et on en devait conclure que, les sociétés anonymes étrangères qui n'avaient pas obtenu l'autorisation conformément à l'art. 37, ne pouvaient en France se livrer à aucune opération commerciale, ni faire valoir leurs droits devant les tribunaux français comme demanderesses. On ne pouvait toutefois pas admettre qu'elles ne devaient pas figurer dans les instances en qualité de défenderesses, car il était impossible qu'elles puissent se soustraire à leurs obligations. La jurisprudence en avait jugé autrement. Aux demandes formées par ces sociétés, elle n'opposait aucune exception d'incompétence, c'était leur reconnaître une existence légale, autrement l'exception touchant à l'ordre public, l'incompétence aurait été *ratione materiæ*. Cette opinion se fonde sur cette considération, que la société existant à l'étranger, la loi personnelle qui lui avait donné naissance, devait la suivre en France. C'est le principe du droit international, dont on faisait l'application aux sociétés en nom collectif et aux commandites. On ajoutait que si les sociétés anonymes étrangères n'existaient en France qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement français, c'étaient en réalité des sociétés françaises.

On connaît les faits qui ont motivé la loi du 30 mai 1857. En Belgique, un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1847, refusa aux sociétés anonymes françaises, qui n'auraient pas été autorisées par le gouvernement belge le droit d'agir en justice devant les tribunaux belges. Une loi belge du 14 mars 1855, promulguée à la suite d'une convention annexée à un traité de commerce entre la France et la Belgique, admettait les sociétés anonymes françaises, soumises à l'autorisation du gouvernement et qui auraient obtenu cette autorisation, à exercer leurs droits en justice en Belgique, mais à la condition que les sociétés belges légalement établies auraient le même droit en France. C'est cette dernière condition qui souleva des difficultés. Les tribunaux belges persistèrent dans leur jurisprudence, alléguant que la réciprocité n'existait pas; que si elle existait dans la jurisprudence française, comme nous l'avons vu, elle n'existait pas dans

Digitized by Google

la loi française; que cette réciprocité ne présentait pas de garanties sérieuses parce que la jurisprudence française pouvait changer. Cette situation imposa au législateur français l'obligation d'intervenir. Il le fit par la loi du 30 mai 1857 qui contient deux articles.

« Art. 1er. Les sociétés anonymes et les autres associations com-
« merciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à
« l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue,
« peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France,
« en se conformant aux lois de l'Empire.

« Art. 2. Un décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut
« appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'art. 1er. »

Il faut remarquer que le droit, concédé par cette loi, d'accorder une autorisation, n'est pas soumis à une condition de réciprocité. Elle diffèrent en cela de la loi belge précitée. Différence qui a disparu depuis la loi belge du 18 mai 1873 sur les sociétés (art. 128). Si cette réciprocité est désirable en fait, il était inutile de l'insérer dans la loi, car il peut être avantageux, suivant les circonstances, de permettre l'établissement de sociétés étrangères en France, même si les nôtres n'étaient pas admises à l'étranger.

Commment sera accordée l'autorisation? L'autorisation est accordée par voie de décret, et d'une façon générale pour toutes les sociétés appartenant à un pays. Il y a eu des décrets rendus pour un grand nombre de pays. Ce procédé ne présente pas d'inconvénients, puisque le gouvernement ne devra accorder d'autorisation qu'après une étude minutieuse de la législation du pays auquel appartiennent les sociétés qu'il veut autoriser. Elle a donc un caractère essentiellement différent de l'autorisation prévue par l'art. 37 du Code de commerce, qui supposait un examen des statuts d'une société déterminée. Il va sans dire, du reste, que cette autorisation peut être supprimée par un autre décret, ce que le gouvernement ferait dans le cas où la loi d'un pays étranger serait modifiée et ne présenterait plus de garanties suffisantes. Mais indépendamment de ce procédé, l'autorisation pourrait être accordée par voie diplomatique, c'est ce qui a eu lieu pour l'Angleterre par un traité conclu le 30 avril 1862. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt

Digitized by Google

du 19 mai 1863 [1]. En dehors de ces deux modes, le gouvernement pourrait-il agir par voie d'autorisation spéciale, accordée seulement à une société étrangère? Avant la loi de 1867 l'administration pouvait puiser ce droit dans l'art. 37, C. com., mais depuis la suppression de ce texte, ce pouvoir ne lui est conféré par aucune loi, la loi de 1857 ne permettant qu'une autorisation générale, et cette dernière ne laissant pas comme l'autorisation spéciale une place à l'arbitraire, on ne peut raisonner par analogie d'un cas à un autre.

A quelles sociétés s'applique la loi de 1857? Aux sociétés anonymes d'abord. Ces sortes de sociétés présentent des dangers particuliers pour le public, surtout à raison de ce fait que les associés n'y sont tenus que jusqu'à concurrence de leur apport. On peut ajouter qu'en 1857 elles ne pouvaient pas être fondées sans l'autorisation du gouvernement, que dès lors, une liberté absolue accordée aux sociétés anonymes étrangères aurait créé aux sociétés anonymes françaises une concurrence redoutable, si les premières avaient pu se fonder dans des conditions de facilité trop grandes. A ce double titre elles devaient être soumises à l'autorisation du gouvernement. Ce dernier peut et doit procéder à leur égard par voie de décret général et cela, sans distinguer si elles sont ou non soumises dans leur pays à l'autorisation du gouvernement. On pourrait, il est vrai, interpréter le texte autrement, et c'est ce qui a été fait. On pourrait dire, les expressions « qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, etc., » se référent non seulement aux mots « les autres associations, » mais aussi aux sociétés anonymes; de telle sorte que les sociétés anonymes autorisées par leur gouvernement seraient les seules qui pourraient profiter d'un décret général rendu par le gouvernement français, et l'art. 1er ne s'appliquerait qu'aux sociétés anonymes belges autorisées en Belgique [2].

Cette interprétation ne nous paraît conforme ni aux travaux préparatoires, ni aux motifs de la loi. Nous lisons, en effet, ce

[1] Sir. 1863. I. 353.

[2] En ce sens, Thaller, *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 1881, p. 315.

Digitized by Google

qui suit : « La loi s'applique aux sociétés anonymes auxquelles, par un motif facile à justifier, on a joint les autres associations qui sans être anonymes sont néanmoins soumises à l'autorisation préalable comme intéressant l'ordre, la morale et la sécurité publics [1]. » Ce passage ne peut laisser aucun doute : ont besoin de l'autorisation les sociétés anonymes d'abord, en second lieu les autres associations qui sont soumises à une autorisation. Le texte dût-il être interprété comme le fait l'autre opinion, que les motifs de la loi de 1857 et la nature de l'autorisation qu'elle exige conduiraient à la même solution. Le gouvernement qui rend un décret s'appliquant à toutes les sociétés anonymes d'un pays, examine la législation de ce pays et voit s'il trouve des garanties suffisantes dans les conditions de formation des sociétés anonymes. On a justement fait observer que ces garanties sont préférables à celles qui résultent de l'autorisation, car elles sont uniformes pour toutes les sociétés appartenant à une même nation, tandis que l'autorisation gouvernementale étrangère peut être refusée ou accordée arbitrairement à telle ou telle société. L'opinion contraire conduirait à ce résultat regrettable, que l'autorisation du gouvernement étant aujourd'hui supprimée dans beaucoup de législations étrangères [2], les sociétés anonymes appartenant à ces pays ne pourraient plus être admises à opérer et à exercer leurs droits en France, étant donné, comme nous l'avons admis, qu'une autorisation spéciale n'est pas possible [3].

[1] Sirey, lois annotées de 1857, p. 30.

[2] Espagne, loi du 19 octobre 1869; Allemagne, loi du 11 juin 1870; Hongrie, *Code de commerce* de 1876; Belgique, loi du 18 mai 1873.

[3] Lyon-Caen, Sirey, 1881. 2. 169. Ce dernier résultat a été consacré par un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 4 octobre 1879. Mais ce tribunal n'a pas persisté dans sa jurisprudence. Cette question était née de la suppression de l'autorisation par la loi belge du 18 mai 1873. Elle s'est présentée dans les mêmes termes en Belgique et en Italie, par suite de la loi du 14 juillet 1867 qui a supprimé chez nous l'autorisation du gouvernement. La Cour de Bruxelles, par un arrêt du 14 janvier 1857, était entrée dans une voie libérale. Mais en Italie la question a été jugée diversement pour les sociétés créées avant 1883. En effet, depuis cette époque, elle ne peut plus se présenter, puisque le nouveau Code de commerce d'Italie de 1883 assimile les sociétés étrangères aux sociétés italiennes. (Voy. Lainé, Sir. 1887, 4e partie, p. 1).

Digitized by Google

Les sociétés anonymes ont soulevé dans la pratique une autre difficulté. On sait que la loi de 1867 a, dans son art. 21, supprimé l'autorisation du gouvernement exigée par l'art. 37 du Code de commerce. Cette suppression entraîne-t-elle par voie de conséquence l'abrogation de la loi de 1857 en ce qui concerne les sociétés anonymes? La Cour de Paris par arrêts du 8 juillet 1881 et de 15 février 1882[1] a admis cette abrogation. Mais les auteurs ont avec raison rejeté cette doctrine. Il est certain, en effet, que la loi de 1857 n'a pas été abrogée expressément, et que son abrogation tacite ne pourrait résulter que d'une inconciliabilité absolue avec la loi de 1867. Or cette inconciliabilité n'existe pas, et l'autorisation générale exigée par la loi de 1857 se comprend très bien encore. Si l'autorisation exigée par l'art. 37 a disparu pour les sociétés françaises, elle a été remplacée par une réglementation rigoureuse, destinée à donner des garanties sérieuses aux tiers, qui engageront leurs capitaux dans une société anonyme, ou qui traiteront avec elle lorsqu'elle sera constituée. Il est indispensable que les sociétés anonymes étrangères qui voudraient opérer et plaider en France, soient soumises à un contrôle, et ce contrôle se rencontre précisément dans l'examen de la législation étrangère fait par le gouvernement français. Il doit rechercher si d'après cette législation les conditions de constitution des sociétés anonymes sont telles, que leur établissement en France ne présente aucun danger.

Pour terminer ce rapide exposé, nous devons encore signaler une divergence qui a surgi entre les auteurs qui ont écrit sur ce sujet. Les sociétés en nom collectif et les commandites par intérêts sont en dehors de toute contestation. Elles ne font point appel au public pour leur constitution; les tiers qui entrent en rapport avec elles ont des garanties suffisantes dans l'obligation personnelle des associés tenus indéfiniment et solidairement. Pour ces sortes de sociétés on applique le principe de la loi personnelle, elles opèrent et plaident en France comme le feraient des étrangers. Mais il n'en est pas de même des commandites par actions, elles ont des visées plus hautes, elles font appel aux capitaux, et les scandales qu'elles avaient causés avant 1856

[1] Sir. 1881. 2. 169 et 1884. 2. 214.

Digitized by Google

avaient rendu nécessaire l'intervention du législateur. Une réglementation sévère présidait à leur formation. La loi de 1867 pour elles comme pour les sociétés anonymes s'était un peu départie de cette rigueur. Peuvent-elles donc s'établir librement en France, et y exercer leurs droits si elles appartiennent à un pays qui ne les soumet à aucune autorisation comme le fait la Belgique? Si elles le peuvent, on arrive à cette étrange conclusion, d'une part, que nos sociétés en commandite par actions sont soumises à des conditions de formation très rigoureuses, tandis que les commandites étrangères régies par des lois plus douces, pourraient s'installer en France sans l'autorisation du gouvernement, car la loi de 1857 ne vise que les sociétés qui ont besoin de l'autorisation du gouvernement et qui l'ont effectivement obtenue, d'autre part, que la loi de 1857 impose la nécessité de l'autorisation française aux sociétés étrangères autorisées dans leur pays, c'est-à-dire à celles qui présentent le plus de garanties, tandis qu'elle affranchit de tout contrôle celles qui s'établissent librement, à l'abri seulement d'une législation qui peut montrer peu d'exigence dans les conditions de formation. Peut-on se soustraire à ces inconvénients et éviter ce reproche de la loi de 1857? A nos yeux cela est impossible. On l'a essayé cependant, et on est parti de cette idée, que les lois qui réglementent en France les commandites par actions, sont des lois d'ordre public, qu'elles rentrent dans l'alinéa 1er de l'art. 3 du Code civil, et qu'à ce titre elles obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire français. De deux choses l'une, ou la commandite par actions appartient à un pays qui exige pour sa formation l'autorisation de son gouvernement, elle est régie par la loi de 1857 qui vise les autres associations commerciales, industrielles et financières soumises à l'autorisation et qui l'ont obtenue. Ou elle se rattache à une nation qui laisse les sociétés de cette nature se fonder librement, elle ne peut alors opérer en France et y plaider qu'en se conformant aux prescriptions de la loi française[1].

Quelqu'ingénieuse que soit cette doctrine, il nous est impossible

[1] Thaller, *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 1881, p. 114 et 1882, p. 32.

Digitized by Google

d'y souscrire. Les lois françaises qui président à la formation des sociétés sont-elles des lois d'ordre public? Les auteurs répondent affirmativement, car elles ont pour but de protéger non seulement les tiers qui entrent en rapport avec la société et les actionnaires, mais elles ont en vue l'intérêt général, le crédit public, en empêchant qu'on ne jette sur le marché des titres sans valeur. Laissons de côté pour l'instant, ce qui a trait dans ces raisons à l'émission et à la négociation des actions, envisageons seulement ces lois en tant qu'elles sont destinées à donner pleine sécurité aux tiers qui traitent avec une société commerciale, puisque c'est le seul point de vue qui nous occupe en ce moment. On peut les considérer comme des lois d'ordre public national, mais on ne peut, à notre avis, y voir des lois d'ordre public international. Il n'est pas facile de tracer une limite exacte entre l'ordre public national et l'ordre public international. Beaucoup de formules ont été proposées sur ce point, mais aucune n'est satisfaisante, et nous pensons que c'est une question qui doit être résolue d'après chaque cas. Le principe est que les sociétés étrangères peuvent être constituées d'après les lois de la nation à laquelle elles appartiennent. Une société en commandite par actions formée d'après les lois de son pays, établit une succursale en France pour y faire des opérations commerciales. Encore une fois il ne s'agit ni d'émission ni de négociation d'actions, mais seulement de l'exercice des droits qui appartiennent à des étrangers ; sa présence peut-elle donc porter atteinte à l'ordre public? C'est ce qu'il nous impossible d'admettre. Si au point de vue des règles de constitution elle ne présente pas aux tiers autant de garanties qu'on pourrait le désirer, il ne faut pas perdre de vue que parmi ses associés elle compte des commandités tenus indéfiniment et solidairement, et cette raison suffit déjà pour que l'exercice de ses droits en France ne porte pas atteinte à l'ordre public. La loi de 1857 est inapplicable ici, tout le monde en convient, son texte n'a pas prévu cette hypothèse; mais pour combler cette lacune il faut considérer, dit-on, les lois sur la formation des sociétés comme des lois d'ordre public international. Si les sociétés en commandite par actions étrangères ne s'y conforment pas, elles n'auront pas d'existence légale en France, et l'accès de

Digitized by Google

nos tribunaux leur sera fermé. Cette proposition nous paraît tout à fait inadmissible; la loi 1857 étant écartée, il faut renoncer à la sanction qu'elle prononce, et recourir à celle qui est écrite dans la loi du 24 juillet 1867, c'est-à-dire au droit de demander la nullité de la société, accordé à tous les intéressés [1]. Régies par la loi de 1867 pour les conditions de formation, ces sociétés doivent être gouvernées par cette même loi en ce qui concerne la sanction, on ne peut pas les assimiler à des sociétés anonymes étrangères qui n'auraient pas obtenu l'autorisation. Au point de vue de l'action qu'elles voudraient intenter, elles devront être traitées comme une société en commandite française qui n'aurait pas observé la loi de 1867, elle n'ont ni plus ni moins d'existence légale. Le débiteur poursuivi pourra opposer la nullité de la société. Mais cela ne peut le soustraire à son obligation dont il sera toujours tenu vis-à-vis des associés au lieu de l'être vis-à-vis de la personne morale société. Si la société est nulle, accidentellement il peut y avoir intérêt, car la nullité prononcée il peut opposer au commandité une compensation qu'il n'aurait pas pu opposer à la société, mais c'est là un fait exceptionnel et qui ne peut suffire pour sanctionner énergiquement la règle que l'on prétend établir. On ne voit pas mieux pourquoi, dans le silence des textes, la loi de 1867 est une loi d'ordre public pour les sociétes en commandite par actions étrangères, tandis qu'elle ne s'impose pas aux sociétés anonymes qui peuvent être formées d'après la loi de leur pays. Si la loi de 1857 n'existait pas, on dirait certainement que la loi de 1867 doit être appliquée aux sociétés anonymes étrangères, c'est donc la loi de 1857 et les précautions qu'elle prend, qui enlèvent à la loi de 1867 son caractère de loi d'ordre public international en ce qui concerne les société anonymes étrangères. Pour justifier cette anomalie on dira, il faut examiner les différentes phases que la législation a traversées sur ce point. En 1856 les sociétés anonymes étaient soumises à l'autorisation du gouvernement, autorisation que l'on exigeait, comme nous l'avons vu, aussi bien pour les sociétés étrangères que pour les sociétés françaises. A cette époque les désordres causés par les sociétés en commandite par actions pro-

[1] Loi du 24 juillet 1867, art. 7.

Digitized by Google

voquèrent la loi de 1856, et il est impossible de supposer que le législateur n'ait pas songé à reprimer ces scandales aussi bien pour les sociétés en commandites étrangères que françaises. Lorsqu'une année plus tard la loi de 1857 est intervenue, elle n'a eu à s'occuper que des sociétés anonymes, laissant sous l'empire de la réglementation sévère de la loi de 1856 les commandites par actions françaises et étrangères, et pour elles la loi de 1867 a été purement et simplement substituée à la loi de 1856. Il n'en est pas moins vrai qu'aujourd'hui la loi de 1867, qui assimile les deux espèces de sociétés au point de vue de la formation, sauf des différences de détail, se présenterait avec un double caractère, loi d'ordre public national pour les sociétés anonymes, loi d'ordre public international pour les commandites par actions. Ce résultat nous paraît tout à fait choquant, car le législateur apporterait moins d'entraves dans l'exercice de leurs droits, pour les sociétés anonymes que pour les commandites par actions étrangères, alors que pour les premières, qui n'ont aucun associé tenu indéfiniment et solidairement la sévérité devrait être plus grande. Il faut donc reconnaître qu'il y a dans la loi de 1857 une lacune qui ne se trouve pas, comme nous le verrons, dans le projet de loi, et nous tenons pour certain que les lois qui régissent la formation des sociétés françaises ne peuvent, à moins d'un texte formel, s'appliquer aux sociétés étrangères, celles-ci comme les personnes étrangères doivent être régies par leurs lois personnelles. L'application des lois personnelles est un principe de droit international qui doit être respecté, nous verrons bientôt en parlant de l'émission et de la négociation des actions si le législateur ne s'en est pas écarté.

La loi de 1857 a un caractère bien différent. C'est en quelque sorte une loi de police et de sûreté ; elle confère au gouvernement un droit de surveillance. Elle ne subordonne pas l'admission des sociétés étrangères en France à telles ou telles conditions de formation, elle ne s'occupe pas de leurs lois personnelles. Elle autorise le gouvernement à examiner si les sociétés formées dans telles ou telles conditions ne constituent pas un danger pour les tiers. Elle est analogue à une loi qui, admettant les étrangers à exercer en principe leurs droits en France, réserve au gouvernement, si

Digitized by Google

leur présence est une cause de trouble, la faculté de les expulser. Elle ressemble plus encore, si l'on veut, à une loi qui subordonnerait l'exercice des droits à telle ou telle formalité [1], mais qui laisserait intactes les lois personnelles de l'étranger, par exemple à l'art. 16 du Code civil qui dit à l'étranger vous pouvez plaider comme demandeur, mais l'exercice de votre action est subordonné à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*. Rien n'est plus légitime que ce droit, mais comme les sociétés par actions sont les seules qui présentent de réels dangers, on comprend que le législateur n'ait réservé que pour elles ce droit au gouvernement. C'est ce que nous lisons dans l'art. 90 du projet. « Les sociétés étrangères par actions, constituées conformément « aux lois de leur pays, peuvent exercer en France tous les droits « accordés aux étrangers, lorsqu'un décret rendu sous la forme « de règlement d'administration publique a par mesure générale « autorisé les sociétés de ce pays à exercer tous leurs droits et à « ester en justice en France. » Nous reconnaissons toutefois que quelques législations sont entrées dans une voie plus libérale. La Belgique par la loi du 18 mai 1873 dans son art. 128 admet que « les sociétés anonymes et les autres associations commerciales « industrielles ou financières constituées et ayant leur siège en « pays étranger pourront faire leurs opérations et ester en justice « en Belgique [2]. » Nous trouvons un texte analogue dans l'art. 230 du nouveau Code de commerce italien de 1883. La disposition de la loi belge n'a pas séduit les jurisconsultes, qui verraient avec regret un article semblable inséré dans notre projet de loi. « Nous ne conseillerons pas aux pouvoirs publics de reproduire la nouvelle loi belge. Cette disposition ne laisse aucune place à l'intérêt de police nationale qu'un Etat ne doit jamais perdre de vue [3]. » Ces critiques nous paraissent justifiées. Le législateur, en réservant au gouvernement un pouvoir de surveillance sur les sociétés étrangères par actions fonctionnant en France, n'excède

[1] L'art. 37, Code de com., avait, semble-t-il, bien plus le caractère d'une loi d'ordre public national que d'une loi d'ordre public international.

[2] Cet article n'a pas été modifié par la loi du 22 mai 1881.

[3] Thaller, *Revue des sociétés civiles et commerciales*, 1881, p. 318. Voy. aussi Lyon-Caen, Sirey. 1881, p. 171.

Digitized by Google

pas les limites du droit, et ne porte aucune atteinte au respect dû aux lois personnelles.

Nous n'avons pas à insister sur l'art. 91 du projet ainsi conçu : « Les associations étrangères de la nature des tontines et « les compagnies d'assurances sur la vie mutuelle ou à primes « sont soumises aux dispositions de l'art. 86[1] de la présente « loi. » Le rapporteur de la commission extraparlementaire s'est exprimé en ces termes : « On peut aller jusqu'à traiter chez soi les étrangers comme les nationaux; mais l'hospitalité n'exige pas qu'on aille au-delà et qu'on traite mieux les étrangers que les nationaux[2]. » Cette manière de voir nous semble fort juste; si le législateur témoigne quelque défiance pour certaines sociétés qui, à raison de leur nature particulière, présentent plus de dangers que les autres, il est naturel qu'elle englobe dans la même disposition les sociétés françaises et les sociétés étrangères. Une décision doit être prise relativement à chaque société considérée isolément, des précautions générales ne peuvent prémunir le public contre les périls que présentent ces sortes d'associations, ces motifs s'appliquent quelle que soit l'origine et la nationalité de la société.

II. *De l'émission des actions.* — L'art. 92 du projet, que nous plaçons sous les yeux du lecteur, est ainsi conçu : « Les ac- « tions des sociétés étrangères ne peuvent être émises ou négo- « ciées en France qu'autant qu'elles ne sont pas de moins de « 100 francs, quand le capital social n'excède pas 200,000 fr., « ni de moins de 500 francs lorsqu'il est supérieur.

« En outre aucune négociation de ces actions ne peut avoir « lieu avant la souscription de la totalité du capital social, le ver- « sement par chaque actionnaire du quart du montant des ac- « tions par lui souscrites, et la constitution définitive de la so- « ciété. » Ce texte embrasse dans une même formule l'émission et la négociation des actions, mais il n'a pas comme l'art. 90

[1] L'art. 87 du projet soumet toutes les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie à primes ou mutuelles à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement.

[2] Rapport de la commission extra-parlementaire par Louis Arnault, p. 144 comp. Thaller, *Revue des sociétés civiles et commerciales*, 1886, p. 384.

Digitized by Google

réuni les suffrages de tous les jurisconsultes. M. Buchère[1] s'exprime ainsi : « Soumettre l'émission et la négociation des valeurs émises par les sociétés étrangères aux conditions imposées par la loi française, n'est-ce pas assujettir indirectement ces sociétés aux prescriptions de nos lois? Il est facile de répondre à cette objection. Le projet de loi ne prononce pas la nullité des sociétés étrangères constituées contrairement à la loi française, mais régulières au point de vue de la législation de leur pays d'origine, et aucun tribunal français ne pourrait prononcer cette nullité. La société existe et pourrait fonctionner, même en France, sans être atteinte par nos lois. Mais lorsqu'elle veut émettre ou négocier ses titres, elle se trouve en face d'une disposition d'ordre public, qui déclare qu'en France les titres de cette nature ne peuvent être émis et négociés que sous certaines conditions déterminées. Dans ce cas, le gouvernement a le droit incontestable de faire ordonner, par une disposition législative, que les valeurs étrangères ne seront admises à la négociation sur les marchés publics qu'en se soumettant aux mêmes conditions. Les dispositions contenues dans l'art. 92 du projet de la commission peuvent donc être admises dans la loi, sans porter aucune atteinte aux règles du droit international. » Tout autre est le langage de M. Thaller qui a consacré au projet de loi un article nourri[2] : « Glissons, dit-il, sur les prescriptions afférentes à l'émission ou à la négociation en France des titres de ces sociétés étrangères. La note sévère s'accuse : pour la circulation des actions, il ne suffit pas que la société soit fondée par application du droit étranger, ou qu'un décret général soit intervenu; il faut en outre que la constitution obéisse ou ait obéi aux injonctions de notre propre droit, sur le taux des titres, la souscription de tout le capital, le versement du quart (art. 92, 93). On était déjà entré dans cette voie restrictive, pour l'admission des titres étrangers à la cote de nos bourses (décret du 6 février 1880), et c'était justice. Prescrire en outre d'observer notre droit, parallèlement au

[1] *Journal de droit international privé*, 1883, p. 488.

[2] *Revue des sociétés civiles et commerciales*, 1886, p. 383 et 145. — Comp. article de M. Brisson, *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 1887, p. 619.

Digitized by Google

droit étranger, pour l'émission faite par l'entremise de nos banquiers, surtout pour *toute* négociation en France, voilà qui passe la bonne mesure. Au moins conviendrait-il de dire, si l'on vise par là toute négociation, même d'ordre privé, ce qui rendrait la règle intolérable, ou seulement la circulation sur le marché public de la banque. » Le législateur s'est écarté ici des règles élémentaires du droit international qui impose à chaque peuple le respect des lois qui ont un caractère personnel, sans qu'il soit bien facile de se rendre un compte exact des raisons qui ont pu le déterminer à insérer cette dérogation dans le projet de loi; et cette exception fût-elle justifiée, elle nous paraîtrait tout à fait incomplète. Nous voulons y insister quelque peu, et pour plus de clarté dans nos observations nous traiterons séparément de l'émission et de la négociation des actions.

Le rapporteur de la commission extra-parlementaire s'exprime ainsi à propos de l'art. 92 : « C'est toujours l'application du principe général qui domine ce titre : avoir les mêmes exigences pour les étrangers que pour les nationaux, ne pas permettre qu'on aille frauduleusement créer au delà de la frontière des sociétés en apparence étrangères, en réalité destinées à fonctionner surtout, sinon exclusivement, en France, et cela pour éluder les dispositions des lois françaises. » Une société se fonde à l'étranger, elle veut émettre des actions en France, elle doit pour cela se conformer à la loi française, c'est-à-dire que ses actions doivent être de 100 fr. ou de 500 fr., suivant que le capital social excède ou non 200.000 fr. On connaît les motifs de cette exigence : soustraire aux dangers que présentent toujours les entreprises nouvelles, dans lesquelles il est imprudent de s'engager sans un examen attentif, ceux qui à raison de leur situation sociale et pécuniaire sont le moins aptes à se livrer à cet examen. Éviter le retour des abus signalés avant 1856, prohiber l'émission d'actions d'un chiffre minime, qui facilitent l'accès de sociétés sans valeur à des personnes incapables d'en apprécier les périls. En principe, rien n'est plus sage, mais à quoi bon insérer une telle disposition dans la loi? Ne suffit-il pas d'un décret comme celui du 6 février 1880 qui réglemente la négociation des valeurs étrangères pour parer à ces inconvénients? Émettre des actions

Digitized by Google

à tel ou tel chiffre, c'est fonder une société dans des conditions déterminées, et les lois qui régissent les sociétés sont dès lors personnelles, les sociétés étrangères doivent être créées d'après les lois de leur pays et non d'après la loi française. Le législateur aurait donné pleine satisfaction aux intérêts du public, en réservant au gouvernement le droit d'autoriser l'émission des actions d'une société qui se fonderait dans des conditions telles que les capitaux pourraient y être engagés sans danger. Pourquoi ces chiffres qui deviennent invariables quand ils sont insérés dans un texte? On les comprend dans notre loi pour les sociétés françaises, car c'est une partie d'un ensemble de dispositions législatives combinées pour donner toute sécurité au public. Les lois étrangères doivent également être envisagées dans leur ensemble, elles forment un tout qui peut être aussi bien coordonné; et l'émission des actions d'une société étrangère peut n'avoir aucun inconvénient, quoique le chiffre du capital et celui des actions ne corresponde pas exactement aux chiffres indiqués dans l'art. 3 et dans l'art. 92 du projet. Tout peut être ramené à cette simple question : la société se fonde-t-elle dans des conditions telles que l'émission des actions puisse être autorisée en France sans aucun danger?

Cette obligation imposée aux sociétés étrangères de se soumettre à la loi française, pour le chiffre des actions qu'elles veulent émettre, dispensera-t-elle le gouvernement d'autoriser les émissions? Apparemment non, telle ne saurait être, nous le supposons, la pensée du législateur. Émettre des actions à un chiffre *minimum*, et proportionné à l'importance du capital auquel se fonde la société, c'est assurément une excellente précaution dont nous avons rappelé les motifs. Mais ce n'est pas la seule, et les capitalistes ne pourraient pas, sans courir de risques, s'engager dans une société par actions qui ne présenterait pas d'autres garanties. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur la loi de 1867 et sur la réforme projetée. Les apports en nature, par exemple, présentent de véritables dangers lorsque l'estimation en a éte exagérée, non seulement pour les créanciers à qui elle n'offre qu'un gage fictif, mais aussi pour les souscripteurs qui adhèrent à une société se formant avec un capital plus nomi-

Digitized by Google

nal que réel. Qui pourra les mettre en garde contre ce péril si les lois étrangères ne prescrivent pas des mesures sévères pour la vérification des apports en nature? Ce que nous disons des apports en nature s'applique évidemment à toutes les dispositions protectrices que contient le projet. Dispositions relatives à la nomination des administrateurs, aux règles générales de l'administration, à la composition des assemblées, au fond de réserve, aux paiements d'intérêts en l'absence de bénéfices, etc. Il faudrait dire alors que les sociétés étrangères ne pourront émettre d'actions qu'en se conformant aux dispositions de la loi française, car il n'y a pas de raisons de les soumettre aux unes plutôt qu'aux autres règles destinées à protéger le public.

III. *Négociation des actions.* — Quelques observations suffiront sur ce point, et les critiques que nous adressons au projet dans l'hypothèse précédente, s'appliquent à la négociation des actions. Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 (art. 2), les actions des sociétés françaises ne sont négociables qu'après le versement du quart. Ce texte a donné lieu à deux controverses. Le versement du quart suffit-il pour rendre une action transmissible par les voies commerciales, ne faut-il pas, en outre, que toutes les conditions nécessaires à la constitution de la société soient remplies? Ne faut-il pas que la société soit définitivement constituée? Quel est le sort des négociations faites contrairement à l'art. 2? On peut soutenir que la loi de 1867 n'ayant pas prononcé la nullité de ces négociations, mais se bornant à prononcer d'une part, des peines contre les auteurs de ces négociations, et d'autre part, la nullité de la société constituée contrairement à l'art. 2, (loi du 24 juillet 1867, art. 7 et 14) ces négociations ne sont pas nulles. Le projet de loi a tranché la première de ces controverses, la négociation n'est permise qu'après la constitution définitive de la société, mais il laisse subsister la seconde (projet de loi, art. 5, 41, 98, comp. art. 3). L'art. 2 de la loi de 1867 s'applique-t-il aux sociétés étrangères? Un arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1885 [1] juge que l'art. 2 s'applique seulement aux sociétés françaises. Même décision dans un arrêt de la Cour de

[1] Sir. 1885. 1. 259.

Digitized by Google

Lyon du 7 janvier 1881 [1]. Ces décisions sont à notre avis fort justes, nous nous sommes expliqué sur le caractère des lois qui régissent les sociétés : si elles sont d'ordre public purement national, elles ne peuvent s'imposer aux sociétés étrangères qui restent régies par les lois de leur pays. Toutefois, le décret du 6 février 1880 qui a trait à la négociation des actions diminue dans une certaine mesure cette liberté absolue qui n'appartient pas aux actions des sociétés françaises, il donne à peu près satisfaction à ceux qui trouvent cette inégalité choquante. En effet, ce décret, conférant aux chambres syndicales des agents de change le droit d'admettre ou non les valeurs étrangères à la cote officielle, restreint singulièrement la négociation des actions qui n'ont pas obtenu cette faveur. Sans doute toute négociation ne se trouve pas par là même prohibée, et même le décret de 1880, supprimant un décret du 22 mai 1858 qui défendait aux agents de change de s'interposer dans la négociation des valeurs des compagnies étrangères qui n'avaient pas été admises à la cote officielle, rend cette négociation plus facile, puisque les agents de change ont maintenant le droit d'intervenir dans la transmission de ces titres. Mais en fait ces négociations seront peu nombreuses, car le public se porte avec moins d'empressement sur les valeurs qui n'ont pas été admises à la cote officielle, et qui inspirent toujours une certaine défiance.

Le décret du 6 février 1880 contient dans son art. 4 les dispositions suivantes : « Les actions admises à la cote ne peuvent « être de moins de 100 fr. lorsque le capital de l'entreprise n'ex- « cède pas 200.000 fr., ni de moins de 500 fr. si le capital est « supérieur à 200.000 fr. Elles doivent être libérées jusqu'à con- « currence du quart. » Cette partie du décret qui astreint les sociétés étrangères à observer quelques-unes des règles auxquelles les sociétés françaises sont soumises pour leur formation, n'a véritablement pas une grande utilité, car avant d'admettre les actions de ces sociétés à la cote officielle, il faut bien examiner si, à d'autres points de vue, elles présentent des garanties

Sir. 1881. 2. 25. Voir les observations de M. Lyon-Caen qui, tout en admettant la solution de la Cour de Lyon, rejette avec raison les motifs sur lesquels elle se fonde.

Digitized by Google

suffisantes. On n'a pas paré à tous les dangers par cela seul que l'action doit être de 100 fr. ou de 500 fr., suivant l'importance du capital, et que le quart doit être versé sur chaque action. L'art. 92 du projet reproduit la même condition en ce qui concerne le chiffre des actions, et il ajoute dans le deuxième alinéa : « En outre, aucune négociation de ces actions ne peut avoir lieu « avant la souscription de la totalité du capital social, le verse- « ment par chaque actionnaire du quart du montant des actions « par lui souscrites, et la constitution définitive de la société. » L'art. 98 du projet frappe d'une amende de 500 à 10.000 fr. et d'un emprisonnement de 15 jours à 6 mois l'émission ou la négociation en France d'actions ou d'obligations contrairement aux dispositions de l'art. 92. Il ne s'agit plus ici, bien entendu, de l'admission à la cote officielle, il s'agit de toute négociation. M. Thaller [1] s'exprime ainsi : « Au moins conviendrait-il de dire si l'on vise par là toute négociation, même d'ordre privé, ce qui rendrait la règle intolérable, ou seulement la circulation sur le marché public de la banque. » Si le projet est voté tel qu'il est et si nous avions à l'interpréter, nous n'aurions pas d'hésitation à dire que sa formule générale englobe toute négociation, même d'ordre privé. Cette décision est applicable aux négociations d'actions des sociétés françaises, sous l'empire de la loi qui nous régit. Un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1885 [2] contient le considérant suivant relativement à l'art. 14 de la loi du 24 juillet 1867, qui frappe d'une amende la négociation d'actions faite contrairement à l'art. 2 : « Attendu que l'art. 14, par la généralité de ses termes, doit s'appliquer à toute négociation d'actions pour lesquelles le versement ou la réalisation du quart n'aurait pas été effectué; qu'il s'applique également à toute personne ayant participé à cas négociations. » Cette jurisprudence devra rester la même quand le projet de loi sera voté définitivement; les art. 5 et 98 sont conçus d'une façon aussi générale que les art. 2 et 14 de la loi de 1867. Le rapporteur, dans le passage que nous avons cité plus haut, nous révèle la pensée du législateur en ce qui concerne les sociétés étrangères, « avoir les mêmes

[1] *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 1886, p. 384.

[2] Sirey. 1887, 1. 284.

Digitized by Google

exigences pour les étrangers que pour les nationaux. » Ainsi, nul doute, toute négociation d'actions des sociétés étrangères est, au point de vue des sanctions pénales, mise sur la même ligne que la négociation des actions dépendant des sociétés françaises, c'est-à-dire que toute négociation est atteinte [1]. Il est difficile de se rendre un compte exact des garanties que le public trouvera dans cette excessive sévérité. En ce qui concerne les sociétés françaises, on le comprend facilement, l'art. 5 prohibe la négociation des actions tant que la société n'est pas définitivement constituée. Mais pour qu'il en soit ainsi, il ne suffit pas que l'on ait satisfait aux conditions imposées aux sociétés étrangères par l'art. 92. Il faut, en outre, que le nombre des associés ne soit pas inférieur à sept. Le législateur a voulu, pour employer l'expression du rapporteur, « que la société naquît pourvue de tous ses organes. » Et cela est sage; il faut être sûr dès le début qu'elle pourra fonctionner dans les conditions déterminées par la loi. L'art. 10 nous apprend que la société ne peut être définitivement constituée qu'après l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. Aux termes de l'art. 16, la société n'est constituée qu'à partir de l'acceptation des administrateurs ou des commissaires. Pour les sociétés étrangères, il n'en est plus de même, la négociation des actions échappe à toute sanction, si elles ont satisfait à quelques conditions de formation indiquées par nos lois, pourvu qu'elles soient définitivement constituées, sans qu'il y ait à se préoccuper des autres conditions de constitution qui ont cependant leur importance, et sans lesquelles une société peut ne présenter aucune garantie sérieuse.

Nous ne prétendons pas critiquer la loi dans son ensemble, et nous admettons volontiers qu'une partie de ses dispositions, qui ont déjà subi l'épreuve du temps et de la pratique, sont excellentes. Mais elle ne contient pas des règles qui doivent être universelles, et pour ainsi dire infaillibles, et une société formée d'après une législation différente peut assurer à ses actionnaires une sécurité complète. La loi belge du 18 mai 1873 présentait quelques lacunes qui ont été comblées par une loi du 22 mai

[1] Comp. M. Lyon-Caen, S. 1881. 2, p. 25 qui approuve et désire cette innovation.

Digitized by Google

1886 [1]. Ces deux lois combinées forment un ensemble assez satisfaisant, quoique le législateur de 1886 ait laissé entendre que dans un délai plus ou moins long, il serait nécessaire de procéder à une revision de la législation sur ce point. Dans leurs règles principales, ces lois ne répondent pas aux exigences montrées par l'art. 92 du projet. La loi de 1873 était peu sévère sur les versements qui devaient être effectués par les souscripteurs pour qu'il y ait constitution définitive de la société, le vingtième suffisait. Ce chiffre a été porté au dixième par la loi de 1886. Certes, c'est une somme qui peut paraître insuffisante, mais le mal n'est pas grand, car, par de nouveaux appels de versements, on peut atteindre le *minimum* qui est exigé par notre loi pour que les actions des sociétés étrangères puissent être négociées en France. Le législateur belge exige du reste que le capital soit intégralement souscrit pour que la société puisse être constituée. Mais il n'est pas nécessaire que les actions soient de 100 fr. ou de 500 fr., suivant que le capital excède ou non 200.000 fr., de telle sorte qu'une société dont le capital serait de 300.000 fr. et les actions de 400 fr. ne pourrait pas négocier ses actions en France [2]. De semblables résultats nous paraissent regrettables; si une législation étrangère peut, sur quelques points, montrer trop de facilités pour la constitution des sociétés, ces facilités peuvent être, à d'autres égards, compensées par quelques précautions destinées à suppléer les règles protectrices que nous trouvons dans nos lois.

Il est un point qui mérite aussi quelque attention, et qui se rattache à la négociation des actions. Nous voulons parler de la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. Le projet de loi est revenu sur ce point aux principes consacrés par les lois de 1856 et 1863. Les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération. La loi de 1867 permet la conversion en titres

[1] *Annuaire de législation étrangère*, année 1887, p. 470.

[2] Une loi promulguée en Suède le 19 nov. 1886 sur la formation des sociétés par actions contient des dispositions très rigoureuses; cependant les actions ne pourront pas être négociées en France, car la loi ne répond pas aux exigences de l'art. 2 du projet (*Annuaire de législation comparée*, 1887, p. 594).

Digitized by Google

au porteur après libération de moitié, si elle est autorisée par les statuts et par un vote de l'assemblée générale (art. 3). Le retour aux principes anciens a paru préférable (art. 5 et 6 du projet). Les raisons en sont décisives, et l'atténuation apportée à ces règles par la loi de 1867 n'avait pas produit de bons résultats. Si la société n'est pas prospère, les actionnaires deviennent insaisissables; il ne reste plus à la société d'autre ressource que de vendre l'action à la Bourse, et si elle est inférieure à la moitié de son capital nominal, la société ne peut plus offrir à ses créanciers un gage suffisant [1]. Qu'arrivera-t-il si une société étrangère, qui a du reste satisfait à toutes les conditions exigées par l'art. 92 du projet, qui est définitivement constituée, peut, d'après la législation de son pays, mettre ses actions au porteur avant qu'elles ne soient entièrement libérées, pourront-elles sous cette forme être négociées en France? On allèguera peut-être que cela a peu d'importance, qu'il s'agit ici d'une mesure prise dans l'intérêt des créanciers sociaux à qui il faut assurer le gage promis, et non de protéger les cessionnaires qui sont eux-mêmes obligés vis-à-vis des créanciers. Or les créanciers sociaux trouvent une protection dans l'art. 90. Le gouvernement verra s'il doit autoriser l'établissement en France de sociétés dont les actions peuvent être mises au porteur avant leur libération complète. Mais il nous semble que l'intérêt des actionnaires se trouve également en cause. Si je souscris une action ou si je m'en rends acquéreur et si je suis prêt à remplir mon engagement, il est assez important pour moi que mes coassociés puissent être contraints à effectuer leurs versements, et que la société n'entre pas en liquidation, faute de fonds suffisants pour continuer ses opérations ou faire face à ses dépenses de premier établissement. Dans l'intérêt même des actionnaires, le législateur a voulu que les actions fûssent entièrement souscrites et le quart versé, pour que la société fût définitivement constituée. L'idée est la même dans les deux cas, il m'importe à moi, souscripteur ou acquéreur d'une action, d'avoir des coassociés sérieux qui dans un cas aient donné des preuves de solvabilité, et dans l'autre ne restent pas introuvables.

[1] Comp. M. Arnault, *Rapport*, p. 45.

Digitized by Google

Pour la négociation comme pour l'émission, il faudra avoir recours au régime du décret, cela nous paraît indispensable. Le projet de loi contient trop ou trop peu. Il renferme des dispositions inutiles, qui assujettissent les sociétés étrangères à certaines conditions de formation exigées pour les sociétés françaises. Il ne contient pas assez, car il devait songer à tous les dangers que présentent l'émission et la négociation d'actions d'une société constituée d'après une législation incomplète. Mais pour arriver à ce résultat il aurait fallu imposer la loi française aux sociétés étrangères. Il eût été plus simple de procéder dans l'art. 92 comme on l'a fait dans l'art. 90, de frapper de pénalités toute émission et toute négociation d'actions de sociétés étrangères qui n'auraient pas été autorisées par un décret. F. ARTHUYS.

BIBLIOGRAPHIE

LE DROIT ET LES FAITS ÉCONOMIQUES [1],

Par M. A. Béchaux, professeur d'économie politique à la Faculté libre de droit de Lille. Ouvrage récompensé par l'Institut (Prix Wolowski).

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Cette monographie n'est autre que le mémoire, sensiblement remanié, qui a obtenu en 1885 l'un des prix décernés par l'Académie des sciences morales et politiques dans le concours ouvert sur la question si vaste et si importante des rapports existant entre le droit et l'économie politique. Disons de suite qu'il suffit de lire le livre de M. Béchaux, pour comprendre la haute distinction dont il a été l'objet, et que nous ne saurions mieux faire ici que de ratifier par notre modeste suffrage. Fortement pensé et vigoureusement écrit, mûri à la chaleur d'un raisonnement sûr de lui, il est digne des plus grands éloges; la profondeur et la netteté des horizons, la variété des aperçus, la grandeur des vues, l'honnêteté des doctrines émises, la sincérité des opinions adoptées, et défendues avec cette ardeur que peut seul donner l'accent de la conviction; une force peu commune d'induction, mise sans cesse au service d'un style clair, précis et pénétrant; une lumière communicative répandue sur l'ensemble : tout, enfin,

[1] Paris, 1889, 1 vol. in-8°.

Digitized by Google

concourt à justifier l'honneur tant désiré qu'a reçu son savant auteur.

Le problème proposé par l'Académie aux studieuses investigations des concurrents était si étendu, que M. Béchaux, en livrant à la publicité le fruit de ses études, s'est vu contraint d'en restreindre l'ampleur, au détriment de ceux qui, moins heureux que les membres de l'Institut, n'ont pu avoir connaissance du mémoire original. Les restrictions apportées à l'œuvre primitive nous paraissent être de deux sortes.

D'une part, l'auteur nous en avertit lui-même (p. 6), le droit français seul, et non le droit en général, a été pris pour point de comparaison. Ce serait, toutefois, une erreur de croire qu'une large part n'a pas été réservée au droit comparé; à de fréquentes reprises, les législations étrangères sont interrogées, mises à contribution, et confrontées avec la loi française; pareillement, les projets de loi qui, en France et en Belgique notamment, sont proposés pour modifier l'état de choses actuel, sont volontiers étudiés de concert avec la législation existante. A ce point de vue, le livre dont nous présentons l'analyse est une preuve nouvelle de l'heureuse tendance qui s'accuse de jour en jour plus accentuée en France, vers les études de législation comparée, auxquelles il vient apporter une excellente contribution.

D'un autre côté, c'est encore M. Béchaux qui se charge de nous le dire (p. 274), il n'a pas entendu, comme lors du concours ouvert par l'Académie, passer en revue les branches si variées du droit, et il n'a eu d'autre but que de « justifier la part importante accordée à l'économie politique dans l'enseignement des Facultés de Droit ». Il nous laisse ainsi clairement à entendre qu'il s'est contenté d'envisager seulement quelques-uns des côtés de la question.

Un court *Avant-propos* ouvre le livre; il est suivi d'une *Introduction*, divisée en deux parties; dans la première, M. Béchaux commence par nous entretenir, avec une grande supériorité, de la science sociale, de l'économie politique et du droit, et par établir une distinction des plus nettes entre l'ordre économique et l'ordre juridique; dans la seconde, il traite de la place de l'économie politique dans les Facultés de droit; de l'or-

Digitized by Google

ganisation des études juridiques en France; de la diversité des méthodes, de l'enseignement du droit basé sur la méthode d'observation, et de l'étude des lois contrôlée par les faits.

Après nous avoir de la sorte montré l'étroite corrélation du droit et de l'économie politique; après nous avoir fait connaître ce qu'est la science économique, son objet, sa méthode, et, d'autre part, ce qu'est la science du droit; comment l'École des socialistes de la chaire, aujourd'hui maîtresse des Universités allemandes, arrive à la confusion des deux sciences; pourquoi, enfin, il convient de donner un rang d'honneur dans les Facultés de droit à l'économie politique, dont il nous paraît, quant à nous, exagérer quelque peu l'importance, il répartit son travail en deux livres.

L'un, intitulé : *Les faits économiques et le droit privé*, comprend trois chapitres, dont le premier étudie la famille, sa constitution sociale, les différents éléments de son organisation et les conséquences nécessaires qui en résultent : quant aux époux (nécessité de supprimer les entraves à la formation des mariages); quant à la femme (nécessité de l'incapacité civile); quant à l'enfant (distinction nécessaire entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. Recherche de la paternité, dont l'auteur se déclare partisan dans des cas précis et déterminés).

Une fois montrée l'importance économique que présente le mode de constitution de la famille; une fois indiquée la manière dont nos lois civiles l'ont réglée, M. Béchaux consacre son chapitre II aux biens et à la propriété; il insiste sur les bases de ce droit, sur ses divers modes, sur la façon dont notre Code civil l'a compris et réglementé, sur ses différentes formes (propriété mobilière, foncière et tréfoncière), sur son exercice.

Puis, vient le chapitre III réservé aux contrats; après un rapide coup d'œil jeté sur les contrats en général, l'échange, la vente, le louage, le salaire et le prêt à intérêt attirent spécialement l'attention de l'auteur, qui se préoccupe, à propos de ces divers contrats, du rôle de l'État et de l'intervention du gouvernement, soit accomplie, soit simplement proposée.

Le livre II, *Les faits économiqnes et le droit public*, a pour objet de nous faire assisler au rôle joué par l'État dans l'ordre

Digitized by Google

économique. Il est divisé en quatre chapitres, relatifs : d'abord, à l'État et au régime du travail (régime corporatif ou liberté de l'industrie) ; — puis, à l'État et au régime commercial (monnaie; double ou simple étalon; monnaie internationale; billets de banque; commerce international; libre-échange ou protection; tarif légal et traités de commerce) ; — en troisième lieu, au régime de l'assistance publique, soit en France, soit à l'étranger (Angleterre, Allemagne et Suisse); — enfin, aux finances publiques (théorie de l'impôt).

Trois appendices terminent cet excellent ouvrage; ils ont trait à la protection de la petite propriété; — à la question des loyers, et spécialement des habitations ouvrières; — aux causes économiques qui agissent sur le taux des salaires.

Tel est, rapidement esquissé, l'ensemble de l'œuvre de M. Béchaux, œuvre vraiment remarquable, dans laquelle l'auteur a pris à tâche de choisir les questions les plus importantes et les plus discutées, de l'intérêt le plus actuel et le plus passionnant; d'indiquer çà et là les réformes utiles, à la lumière des faits économiques et des législations étrangères, et de montrer comment les besoins économiques sont les causes naturelles de la législation; comment le texte de la loi doit donner satisfaction aux besoins qui le sollicitent; qu'il doit s'adapter aux faits variables et changeants, se modifier avec eux, se modeler sur les nécessités économiques de telle société déterminée ; que le droit d'un peuple, essentiellement perfectible, ne peut rester stationnaire, puisque les faits économiques, dont il n'est que le reflet, varient; enfin qu' « un texte non appliqué n'est qu'une vaine formule, et que le législateur se doit à lui-même de la rayer des lois. » (Voy. p. 6 et 37.)

Cette œuvre, et nous en félicitons son auteur, est digne de figurer à côté du beau travail de M. Alfred Jourdan, auquel il a donné pour titre : « *Des rapports entre le droit et l'économie politique, ou Philosophie comparée du droit et de l'économie politique* ». Aussi bien, et c'est à ce point seul que nous bornerons nos griefs, M. Béchaux a-t-il poussé trop loin la modestie, en écrivant à la fin de son *Avant-propos* (p. 8): « J'espère que cette étude, revue, diminuée, corrigée depuis quatre ans, trouvera

Digitized by Google

auprès du public un accueil aussi favorable qu'à l'Académie. Elle n'est pas destinée aux maîtres qui savent; je l'offre à la jeunesse studieuse qui travaille. » Qu'il nous permette de ne pas le suivre complètement sur ce terrain, et d'affirmer que, si le succès du livre est certain, c'est qu'il est utile à tous, et que maîtres et disciples trouveront dans sa lecture un égal agrément et un égal profit.

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME.

(Année judiciaire 1887-1888).

Par M. Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

Abandon du navire et du fret. Faculté d'ordre public. Jugement étranger. Exequatur. (Arrêt de la Cour d'Aix, du 8 novembre 1887) [1].

La faculté d'abandon du navire et du fret accordée au propriétaire du navire est-elle d'ordre public? La question se posait devant la Cour d'Aix à l'occasion d'une demande d'exequatur relative à un arrêt de la Cour d'appel de Gênes. Cette Cour avait cru devoir refuser d'admettre l'abandon fait par le propriétaire d'un navire français. La Cour d'Aix a refusé de rendre exécutoire l'arrêt de la Cour de Gênes, en s'appuyant sur ce que cet arrêt méconnaissait une faculté d'ordre public.

Le traité conclu à Turin le 24 mars 1760 entre la France et la Sardaigne, qui s'applique aujourd'hui à l'Italie entière, stipule que les jugements rendus dans l'un des États contractants, seront déclarés exécutoires dans l'autre. Mais la juridiction devant laquelle est portée une demande d'exequatur, doit pourtant procéder préalablement à un certain examen de la décision dont il s'agit. D'après la déclaration du 11 septembre 1760, elle doit examiner notamment : 3° *si les règles du droit public ou les intérêts d'ordre public du pays où l'exécution est demandée, ne s'opposent pas à ce que la décision du tribunal étranger ait son exécution* [2].

Il est, on le sait, très difficile de déterminer exactement à quels caractères on reconnaît qu'une disposition légale est ou n'est pas d'ordre public. On a parfois proposé de considérer comme n'étant pas d'ordre public toute disposition à laquelle les particuliers peuvent librement renoncer. Si ce *criterium* était adopté, il semble que le droit d'abandon ne serait pas d'ordre public; car un pro-

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 654.

[2] V. Lachau et Daguin, *De l'exécution des jugements étrangers, d'après la jurisprudence française*, p. 257 et suiv.

Digitized by Google

priétaire de navire peut assurément y renoncer par avance[1].

Mais la Cour d'Aix fait justement remarquer que ce qui est d'ordre public c'est, non le droit d'abandon, mais la faculté de jouir de ce droit. Le propriétaire de navire qui consent à être obligé sur sa fortune de terre à raison des faits du capitaine, avait au moins la possibilité de profiter de la disposition légale restreignant ses obligations à sa fortune flottante; s'il n'en profite pas, c'est qu'il ne l'a point voulu. Celui auquel une décision judiciaire étrangère refuse le droit d'abandon sans qu'il y ait renoncé, est privé sans son consentement d'une faculté que la loi française consacre. Cette faculté est fondée sur des motifs d'intérêt général : elle a pour but de favoriser le développement des armements français, de rendre les navires français plus nombreux et d'assurer ainsi un emploi à nos gens de mer soumis à l'inscription maritime.

Abordage douteux. Accident de personne. Preuve. (Tribunal de commerce de Marseille, 13 juillet 1888) [2].

Le Code de commerce français admet qu'au cas où l'on ne peut déterminer les causes d'un abordage maritime, le dommage causé est réparti par moitié entre les deux navires (art. 407, *dern. alin.*). Cette disposition est contraire aux principes généraux du droit. D'après ces principes, quand un dommage est causé par une personne à une autre, c'est à celle-ci, si elle veut obtenir une indemnité, à prouver l'existence d'une faute. A défaut de cette preuve, les choses sont traitées comme s'il y avait eu cas fortuit, de telle sorte que celui auquel le dommage a été causé le supporte. Il en est du moins ainsi quand il s'agit de personnes qui ne sont pas liées par un contrat. Par cela même qu'en matière d'abordage douteux, il y a dérogation au droit commun, la disposition qui le concerne ne peut pas être étendue. Elle a été faite pour les dommages causés au navire. Elle est inapplicable même aux dommages subis par les cargaisons [3]. *A fortiori* l'est-elle, comme le décide le tribunal de commerce de Marseille, aux

[1] V. arrêt du Conseil d'Etat, du 18 novembre 1887 (*Le Droit*, n° du 20 novembre 1887).

[2] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 166.

[3] Arthur Desjardins, *Traité de Droit commercial maritime*, t. V, p. 166.

Digitized by Google

dommages causés aux personnes? Ces derniers dommages sont supportés par chacun, sans recours possible, si la preuve d'une faute ne peut pas être faite par le demandeur.

Armateur. Capitaine. Clause de non responsabilité. (Arrêt de rejet de la Chambre civile du 31 juillet 1888) [1].

La clause excluant la responsabilité de l'armateur à raison des fautes du capitaine, devient de plus en plus fréquente dans les connaissements. Les chargeurs et les destinataires ne cessent pas d'en soutenir la nullité. Nous avons eu l'occasion à plusieurs reprises, dans cette *Revue* même [2], de nous prononcer en faveur de la validité de la clause de non responsabilité. Nous ne reviendrions plus sur cette question si la Chambre civile ne venait, par un nouvel arrêt, de se prononcer, avec une énergie toute spéciale, dans ce sens. Cet arrêt mérite d'être particulièrement remarqué. On avait pu croire que la Chambre civile avait modifié sa jurisprudence; le nouvel arrêt semble prouver qu'il n'en était rien. Voici, en effet, ce qui s'est passé :

La Cour de cassation a rendu d'assez nombreux arrêts proclamant la validité des clauses de non responsabilité [3]. Mais des arrêts récents étaient de nature à faire penser qu'elle abandonnait sa jurisprudence, pour décider que ces clauses modifiaient seulement les règles sur le fardeau de la preuve, en obligeant celui qui réclame à l'armateur des dommages-intérêts à prouver la faute du capitaine. La Cour suprême aurait ainsi admis, pour les transports par mer, la solution qu'elle a adoptée depuis longtemps pour les transports par chemins de fer, à propos des clauses de non responsabilité contenues dans les tarifs spéciaux.

Il n'en était rien; la Chambre civile est restée fidèle à son excellente jurisprudence. Dans son nouvel arrêt de 1888, elle reconnaît, dans les termes les plus nets, la validité des clauses de non responsabilité et condamne en même temps deux doctrines différentes.

[1] *Recueil de Sirey*, 1888. 1. 465; *Journal du Palais*, 1888. 1. 1148 (note de Ch. Lyon-Caen).

[2] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, p. 755 et suiv.

[3] Ch. civ. rej. 14 mars 1877, *Recueil de Sirey*, 1879. 1. 423; *Journal du Palais* 1879. 1091, *Recueil de Dalloz*, 1877. 1. 449; Ch. civ. cass. 23 juillet 1878, *Recueil de Dalloz*, 1878. 1. 349.

Digitized by Google

1. La Chambre civile écarte la doctrine selon laquelle la clause de non responsabilité aurait pour unique effet de mettre la preuve de la faute du capitaine à la charge du demandeur, il reconnaît que par cette clause l'armateur est mis à l'abri de toute responsabilité à raison des fautes du capitaine.

2. La Chambre civile repousse la distinction, selon laquelle l'armateur pourrait, par une clause de non responsabilité, s'exonérer des fautes nautiques du capitaine, mais non de celles qu'il commet comme agent commercial chargé du transport des marchandises.

Sur ces deux points, nous approuvons complétement l'arrêt de la Chambre civile.

1. Pour déclarer pleinement valable la clause de non responsabilité, la Chambre civile se fonde sur ce que l'armateur pouvant par une assurance se décharger de la responsabilité des fautes du capitaine (art. 353, C. com.), on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas faire directement, par une clause du connaissement, ce qu'il peut faire indirectement au moyen d'une assurance.

La Chambre civile avait-elle donc abandonné temporairement cette doctrine si ferme et si nette dans ses arrêts de 1885 et 1887? Il n'est pas probable que sur une question aussi importante elle ait changé aussi souvent et aussi subitement de jurisprudence. Les espèces des arrêts de 1885 et de 1887 différaient des espèces à l'occasion desquelles la Cour suprême avait admis la décharge pour l'armateur de toute responsabilité des fautes du capitaine.

Les clauses de non responsabilité insérées dans les connaissements sont de deux espèces différentes. Les unes portent que l'armateur ne répondra pas de tels ou tels faits déterminés, par exemple, de la rouille, de la casse, etc... La Chambre civile a, dans ses arrêts de 1885 et de 1887, interprété ces clauses en ce sens qu'à défaut de la preuve d'une faute, ces faits ne donneront pas lieu à la responsabilité de l'armateur. Cette interprétation restrictive se conçoit. L'exclusion de la responsabilité de l'armateur est légale sans doute; mais elle a un caractère exorbitant. Elle ne doit donc être admise que lorsqu'il n'y a aucun doute possible sur l'intention des parties. Les clauses dont il s'agit,

Digitized by Google

n'excluent pas clairement la responsabilité de l'armateur même dans le cas où il y a faute du capitaine.

D'autres clauses des connaissements portent que l'armateur ne sera pas responsable des avaries causées par la faute du capitaine. Elle ne laissent aucun doute sur la volonté des parties d'exclure complétement la responsabilité de l'armateur même dans les cas où il y a une faute du capitaine prouvée. C'est à propos d'une clause de cette seconde espèce que la Chambre civile a rendu son arrêt du 31 juillet 1888.

2. La Chambre civile ne s'est pas bornée à déclarer valable la clause de non responsabilité, elle a déclaré, en outre, qu'elle l'est aussi bien pour les fautes commises par le capitaine comme agent du transport que pour ses fautes nautiques. Des arrêts de Cour d'appel ont parfois fait cette distinction [1], qui a été souvent défendue au point de vue législatif.

En faveur de la doctrine qui n'admet la clause de non responsabilité que pour les fautes nautiques, on a fait valoir divers arguments.

La clause de non responsabilité, a-t-on dit, s'explique par l'impossibilité où est l'armateur de surveiller le capitaine durant le voyage. Mais cela n'est vrai que des fautes nautiques. Les fautes que le capitaine commet en qualité d'agent du transport, se produisent au départ ou à l'arrivée. Là l'armateur peut exercer une surveillance par lui-même ou par un représentant. Ce n'est pas tout; si l'on donne une portée absolue aux clauses de non responsabilité, on laisse le chargeur à la merci des instructions qu'un armateur incapable ou peu scrupuleux donnera parfois à son capitaine. L'armateur toucherait son fret, alors même que le capitaine ne délivrerait pas de marchandises! Le contrat d'affrétement n'est-il pas cependant alors détruit dans sa base même; l'obligation de payer le fret n'est-elle pas dépourvue de cause?

Aucun de ces arguments ne nous paraît décisif. Sans doute l'exemption de toute responsabilité à raison des fautes commises par le capitaine comme transporteur et agent commercial, a un caractère plus exorbitant que cette même exemption pour les fautes

[1] Rouen, 29 août 1883, *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 425; *Journal du Palais* 1887. 1. 1049.

Digitized by Google

nautiques. La surveillance de l'armateur peut s'exercer plus aisément afin d'éviter les premières. Mais qu'importe? il y a là une simple observation de fait. Elle devrait être prise en considération si le législateur intervenait pour restreindre la liberté d'insérer des clauses de non responsabilité dans les connaissements; elle n'a aucune portée au point de vue de l'interprétation des lois en vigueur.

S'il était vrai que le défaut de délivrance des marchandises par suite d'une faute du capitaine, enlève toute cause à l'obligation de payer le fret, cela serait exact dans le cas même où le défaut de délivrance provient d'une faute nautique. Aussi, pour être logique, devrait-on déclarer l'armateur responsable même des fautes de cette espèce, quand la délivrance n'a pas eu lieu. Mais l'absence de cause à l'obligation de payer le fret aurait cette conséquence que le fret ne serait pas dû; elle n'expliquerait pas qu'il y ait nécessairement lieu à la responsabilité de l'armateur malgré toute clause contraire. — On ne saurait, du reste, parler sans distinction d'une obligation de payer le fret dépourvue de cause, quand les marchandises ne sont pas délivrées. La preuve s'en trouve dans l'art. 302, C., com., qui autorise à convenir que le fret sera dû même en cas de perte des marchandises. Il y a là une sorte d'assurance jointe à l'affrétement dans laquelle l'affréteur a joué le rôle d'assureur. Il y a quelque chose d'analogue lorsqu'une clause exclut la responsabilité de l'armateur à raison des fautes du capitaine. L'affréteur prend alors à sa charge des risques qu'en principe l'armateur supporte.

D'ailleurs, l'argument décisif donné en faveur de la valididité des clauses de non responsabilité, s'applique avec une égale force pour les fautes nautiques et pour les autres fautes du capitaine. L'armateur peut se décharger des premières comme des secondes au moyen d'une assurance de la baraterie de patron (art. 353, C. com.).

Assurance maritime. Action directe de l'assureur. (Tribunal de commerce de la Seine, 12 juillet 1888) [1].

Il est généralement reconnu aujourd'hui que l'assureur a, en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ., une action directe contre la

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 269.

Digitized by Google

personne qui, par sa faute, a causé à l'assuré le dommage que l'assureur a dû réparer[1]. Nous avons eu l'occasion de donner plusieurs fois notre approbation à cette solution de principe[2]. Elle a surtout beaucoup d'importance pour les assurances non maritimes : par cela même que, selon l'opinion la plus générale, la subrogation légale n'y est pas admise au profit de l'assureur contre les tiers qui ont causé le dommage, l'assureur n'aurait pas le droit d'agir contre eux, s'il n'avait pas une action directe fondée sur les art. 1382-1383, C. civ. En matière d'assurance maritime, d'après une tradition très ancienne, l'assureur est subrogé à l'assuré[3]. Mais il a, en outre, le droit d'agir de son chef contre les tiers en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ.[4].

L'admission même de cette solution a donné naissance à une grave difficulté.

En fait, des marchandises avaient été confiées par un voyageur à la Compagnie transatlantique qui, par une clause de ses billets de passage, se décharge de la responsabilité des fautes de ses capitaines. Ces marchandises avaient été assurées. A la suite d'un incendie survenu en mer par la faute du capitaine, l'assureur avait indemnisé le chargeur de la perte de la plus grande partie des marchandises. L'assureur ne pouvait pas agir comme subrogé au propriétaire des marchandises contre la Compagnie transatlantique. En vertu du bénéfice de la subrogation, l'assureur ne pouvait pas avoir plus de droit que le propriétaire des marchandises. Or celui-ci, en vertu de la clause de non responsabilité insérée dans le bulletin de passage, n'avait pas le droit d'agir contre la Compagnie transatlantique. Aussi prétendait-il agir de son chef contre cette compagnie, en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ.

De là naissait une question qu'on peut formuler dans les termes suivants :

L'assureur sur facultés peut-il, en cas de perte des marchan-

[1] Arthur Desjardins, *op. citat.*, tome VII, n° 1516.

[2] V. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882, p. 524 et 1886, p. 351.

[3] Arthur Desjardins *op. citat.*, tome VII, n° 1514.

[4] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 641.

Digitized by Google

dises par la faute du capitaine, agir contre la compagnie de transport, en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ., malgré la clause de non responsabilité ?

Le tribunal de commerce a trouvé un moyen à la fois ingénieux et très exact en droit de ne pas trancher cette question délicate.

Le tribunal ne nie point que l'assureur maritime puisse agir de son chef contre les tiers, spécialement contre le propriétaire du navire responsable des fautes du capitaine.

Mais il ne faut pas exagérer les choses et croire que l'assureur puisse toujours agir de son chef contre les tiers par la faute desquels le dommage est arrivé, quelle que soit la nature de cette faute. L'action que l'assureur a de son chef est fondée sur les art. 1382 et 1383, C. civ., qui supposent une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. Or, cette faute ne peut consister qu'*in committendo*, sauf dans les cas très rares où la loi oblige une personne à agir dans l'intérêt d'autrui[1]. Dans l'espèce, il n'y avait pas eu de fait actif de la part du capitaine, mais une absence de soins, une faute consistant *in omittendo*. Il ne pouvait donc être question pour l'assureur d'agir de son chef contre le capitaine ; il n'y avait pas à parler de la responsabilité de la compagnie, propriétaire du navire.

Si l'assureur ne pouvait pas agir de son chef à raison de la nature même de la faute du capitaine, il ne pouvait pas agir non plus comme subrogé à l'associé, par cela même que la clause du billet de passage excluait toute action du voyageur assuré contre la compagnie de transport à raison de la faute du capitaine.

Il est permis de se demander ce qui devrait être décidé dans une hypothèse de ce genre, si le capitaine avait commis une faute *in committendo*, par suite de laquelle les marchandises auraient péri ou subi des avaries. D'un côté il semble qu'alors l'assureur devrait pouvoir agir contre la compagnie de transport. En effet, la faute a le caractère exigé pour donner lieu à l'application des art. 1382 et 1383, C. civ. et la clause de non responsabilité n'est pas opposable à l'assureur, par cela même qu'il agit

[1] Lyon-Caen, note dans le *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 119 ; Arthur Desjardins, *op. cit.*, tome VII, n° 1516.

Digitized by Google

de son chef, non comme subrogé à l'assuré. Mais, d'un autre côté, il semble y avoir là un résultat bien contraire à l'intention des intéressés. Ils ont voulu que la compagnie de transport échappât à toute responsabilité à raison des fautes du capitaine. Malgré la clause formelle ayant ce but, le chargeur ou le voyageur, en faisant assurer ses marchandises, enlèverait le bénéfice de l'irresponsabilité à la compagnie de transport.

Nous croyons que l'on doit écarter ce résultat inique et fâcheux, sans méconnaître la nature de l'action de l'assureur qui, agissant de son chef, n'a pas à subir les moyens de défense opposables à l'assuré. Si l'assureur pouvait agir contre la compagnie de transport comme responsable des fautes du capitaine, celle-ci aurait un recours contre le voyageur (ou le chargeur) qui était convenu que la compagnie n'encourrait pas de responsabilité et qui cependant y a donné lieu en contractant une assurance. Le bénéfice même de l'assurance disparaîtrait pour l'assuré par suite de ce recours.

L'assureur est, sinon un garant proprement dit, du moins une sorte de garant. Il ne peut former une demande qui, si elle réussissait, ferait subir un dommage à l'assuré qu'il a promis d'indemniser ou, si l'on veut, de garantir. La règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, est applicable à l'assureur. Grâce à elle, on évite de détruire l'effet de la clause de non responsabilité dans le cas où le chargeur a contracté une assurance.

Assurance maritime. Assurance du fret. Fret non restituable. Assurance cumulative. Ristourne. (Tribunal de commerce de Nantes, 6 octobre 1888) [1].

La loi du 12 août 1885 a permis l'assurance du fret à faire que le Code de commerce (art. 347 ancien) avait prohibée, comme l'Ordonnance de 1681. Mais elle n'a pas entendu déroger au principe de morale et d'ordre public selon lequel l'assurance maritime n'est qu'un contrat d'indemnité, de telle sorte que cette assurance ne peut pas placer l'assuré en cas de sinistre dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivée. L'art. 334 (nouveau) C. com., prend même le soin d'appliquer en quelque

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 684.

Digitized by Google

sorte ce principe général, en déclarant que toute assurance cumulative est interdite. Le tribunal de commerce de Nantes a fait une application très juste de cette disposition dans un cas spécial qui mérite d'attirer l'attention.

Un armateur ayant touché une partie du fret à titre d'avances non restituables, avait fait assurer par deux polices souscrites par deux compagnies différentes : 1° le bâtiment; 2° les 60/100e du fret à justifier qui, d'après un usage très général, sont considérés comme formant le fret net. Le navire s'étant perdu à son arrivée à la Guadeloupe, l'armateur notifia le délaissement à ses assureurs qui l'acceptèrent. Seulement l'assureur sur corps et l'assureur du fret prétendirent, chacun de son côté, déduire du montant de l'indemnité à payer, la somme représentant les avances faites sur le fret à l'armateur. Cette prétention était fondée sur ce qu'il y aurait eu, jusqu'à concurrence de cette somme, un bénéfice réalisé par l'armateur, contrairement à la nature du contrat d'assurance maritime. Il est incontestable que, sans la déduction du fret, on serait arrivé à ce résultat illégal. Mais la difficulté était non pas de savoir si le montant des avances devait être déduit. mais si la déduction devait être faite sur l'indemnité due par l'assureur du fret ou sur l'indemnité due par l'assureur sur corps. Chacun des assureurs soutenait que la déduction devait être faite sur l'indemnité due par lui. Le tribunal de commerce de Nantes a admis que la déduction devait être faite sur l'indemnité à payer par l'assureur du fret. Nous croyons que sa décision est fort juste.

C'est sur le fret que l'assuré aurait réalisé un bénéfice, s'il avait pu à la fois toucher l'indemnité intégrale de l'assureur du fret et ne rendre aucun compte des avances à lui faites par l'affréteur. Du reste, la solution contraire conduirait à cette conséquence exorbitante que les armateurs ayant touché tout ou partie du fret non restituable et ne concluant aucune assurance sur fret, seraient exposés à des réclamations de la part des assureurs sur corps.

Gens de mer. Privilège. Fret encaissé. (Arrêt de rejet de la Chambre civile du 25 avril 1888)[1].

Les gens de mer ont, pour garantie de leurs loyers, un privi-

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-1889, p. 12.

Digitized by Google

lège qui porte sur le navire et sur le fret (art. 271, C. com.). En tant qu'il grève la créance du fret, ce privilège s'éteint-il, faute d'objet, lorsque le montant du fret a été payé à l'armateur? L'affirmative a toujours été admise, en principe au moins. Elle ne nous semble pas sérieusement contestable. C'est elle qu'a consacrée la Chambre civile. On ne saurait parler d'un privilège sur une créance quand une créance est éteinte. La créance du fret a pour objet une somme d'argent. Celle-ci, après le paiement, se confond dans la caisse de l'armateur avec toutes les espèces qui s'y trouvent. Ce sont des choses fongibles. Un privilège spécial ne peut porter sur des choses de cette nature. Comme tout droit réel, un privilège ne saurait avoir pour objet qu'un corps certain.

On a prétendu que la loi n'accorde pas un véritable privilège aux gens de mer, que l'art. 271, C. com., ne prononce même pas le mot, et que, par suite, les arguments qui viennent d'être invoqués sont sans application [1]. Il y a là une pure subtilité. L'art. 191-6° parle à la fois du navire et du fret. Si ce qu'on allègue était exact, il n'y aurait au profit des gens de mer de privilège proprement dit ni sur le fret, ni même sur le navire. Or, en ce qui concerne le navire, la garantie accordée aux gens de mer est qualifiée de privilège par l'art. 191-6°, C. com. La vérité est que l'art. 271, ne fait que rappeler la disposition de l'art. 191-6°, en ajoutant la créance du fret au navire comme objet du privilège des gens de mer.

Assurément la solution que nous défendons fait du privilège des gens de mer sur le fret, une garantie très fragile. Cette fragilité tient à la nature de la chose grevée. Elle se présente pour tout privilège portant sur une créance. Les gens de mer sont même dans une situation particulièrement fâcheuse. En général, celui qui a un privilège sur une créance a la faculté de mettre obstacle à l'extinction de sa garantie pouvant résulter du paiement, en formant une saisie-arrêt entre les mains du débiteur. Les gens de mer n'ont généralement pas cette ressource. En effet, la saisie-arrêt ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une créance exi-

[1] V. Genevois, *Revue internationale du Droit maritime*, 1886-87, p. 218 et suiv.

Digitized by Google

gible [1]. La créance des loyers de gens de mer ne l'est pas, tant qu'il n'y a pas désarmement. Les frets sont, au contraire, payés pendant la navigation. Ainsi, au moment où les loyers des gens de mer deviennent exigibles, leur privilège n'a plus d'objet.

On s'explique aisément qu'on ait souvent fait remarquer l'insuffisance des garanties accordées aux gens de mer pour le paiement de leurs loyers et réclamé sur ce point une modification de notre législation.

Connaissement. Clause attribuant compétence à un tribunal étranger. (Arrêt de cassation de la Chambre civile du 29 février 1888) [2].

Dans un examen doctrinal de jurisprudence précédent (1886, p. 343), nous avons mentionné un arrêt de la Cour d'Aix qui déclarait nulle comme constituant une clause compromissoire la clause d'un connaissement attribuant compétence à un tribunal étranger pour toutes les contestations à naître entre l'expéditeur ou le destinataire et la compagnie de transport. Nous avons critiqué cette décision, en soutenant qu'il y avait là, non une clause compromissoire, mais une renonciation de la part des Français au bénéfice de l'art. 14, C. civ. La validité de cette clause a été reconnue par la Chambre civile.

Fret proportionnel. Frais de sauvetage. (Jugement du tribunal de commerce du Havre du 27 décembre 1887) [3].

Quand un navire fait naufrage avant d'arriver au port de destination, il est dû un fret proportionnel sur les marchandises sauvées. L'art. 303, 1er alin., C. com., consacre expressément cette solution. Mais une difficulté s'élève au sujet des dépenses qui ont pu être faites pour le sauvetage des marchandises. L'armateur, qui reçoit une partie du fret, doit-il contribuer à ces dépenses en proportion de la part du fret qu'il touche ? Cette question est fort controversée.

Le tribunal de commerce du Havre repousse l'obligation pour l'armateur de contribuer sur le fret. Il se fonde principalement sur ce que l'art. 303, 1er alin., parle du paiement du fret, sans

[1] Garsonnet, *Cours de procédure civile*, t. III, n° 686.

[2] *Revue internationale du Droit maritime*, 1887-1888, p. 657.

[3] *Revue internationale du droit maritime* 1887-88 p. 574.

Digitized by Google

mentionner l'obligation de contribuer aux dépenses de sauvetage.

Nous ne croyons pas cette opinion exacte. Sans doute il n'est pas question de l'obligation de contribuer sur le fret aux dépenses occasionnées par le sauvetage. Mais qu'importe? Cette obligation nous paraît se déduire des principes généraux du droit. Il est juste que ceux auxquels le sauvetage a profité contribuent aux dépenses qu'il a causées. Or le sauvetage ne profite pas seulement aux propriétaires des marchandises; il profite aussi à l'armateur, en ce qu'il n'aurait pas touché de fret si toutes les marchandises avaient péri [1].

Hypothèque maritime. Acte sous-seing privé passé à l'étranger. Production. Exequatur. (Arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 juillet 1888) [2].

Un navire anglais ayant été saisi et vendu dans le port de Bordeaux à la requête des créanciers, un créancier auquel une hypothèque avait été constituée sur ce navire par un acte sous seing privé passé en pays étranger, prétendait se faire colloquer sur le prix comme créancier hypothécaire. La Cour de Bordeaux ne l'a pas admis. Elle décide que le créancier devait préalablement faire déclarer exécutoire l'acte de constitution d'hypothèque par un tribunal français. Cette décision nous paraît renfermer deux erreurs.

1° Les actes passés en pays étranger ne sont sans doute pas susceptibles d'exécution en France par eux-mêmes sans intervention de la justice française. Mais ce n'est point à dire que ces actes ne produisent par eux-mêmes aucun effet sur notre territoire. Le principe à poser et qui se rattache intimement à la règle *locus regit actum* est, au contraire, qu'un acte passé dans un pays étranger dans les formes exigées par la loi de ce pays, produit ses effets en France, mais que l'acte dont il s'agit n'est pas susceptible d'exécution en France, c'est-à-dire qu'en vertu de cet acte on ne peut pas recourir à des mesures qui sont réputées pratiquées par l'ordre du pouvoir exécutif français. La production dans un ordre ou dans une contribution n'a point ce dernier

[1] A. de Courcy, article dans la *Revue internationale du Droit maritime*, t. I, p. 66 et suiv.

[2] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 406.

Digitized by Google

caractère. Le créancier qui se présente comme créancier hypothécaire pour être colloqué sur le prix du bien saisi et vendu, veut faire produire un effet à l'acte qu'il invoque, il ne procède à aucun acte d'exécution. La preuve en est que la loi française même (L. du 10 juillet 1885, art. 2) admet que l'hypothèque maritime peut être constituée par acte sous seing privé et qu'incontestablement le créancier porteur d'un acte de cette nature passé en France, pourrait, non pas sans doute saisir le navire, mais se faire colloquer sur le prix de ce navire, s'il a été vendu.

2° Du reste, si un acte sous seing privé passé en pays étranger et contenant constitution d'hypothèque sur un navire, ne permettait pas par lui-même au créancier de se faire colloquer sur le prix, il n'en résulterait nullement qu'il y aurait lieu pour le créancier de demander à un tribunal français de le rendre exécutoire. L'exequatur ne s'applique qu'aux jugements étrangers, non aux actes passés en pays étranger. La jurisprudence, en décidant le contraire, donne une extension abusive aux art. 546, C. proc. civ. et 2123, C. civ. Celui qui veut procéder à des actes d'exécution en vertu d'un acte passé à l'étranger, n'a qu'une procédure à suivre, il doit former une demande tendant à obtenir une condamnation contre celui qui s'est obligé envers lui.

Navire étranger. Abandon du navire et du fret. (Arrêt de la Cour de Rennes du 21 décembre 1887) [1].

La loi française admet que le propriétaire d'un navire n'est tenu des obligations du capitaine que sur sa fortune de mer. Elle lui donne, en conséquence, la faculté de se libérer de ces obligations en abandonnant aux créanciers le navire et le fret. Cette faveur admise par un grand nombre de lois maritimes, ne l'est pas par la législation anglaise. En Grande-Bretagne, le propriétaire d'un navire est tenu sur tous ses biens des obligations contractées par le capitaine pour les besoins de la navigation. Il jouit seulement du bénéfice de n'être tenu, en principe, qu'à raison de 8 livres sterling par tonneau de jauge, pour les dommages causés par la faute du capitaine. Dans bien des circonstances, surtout

[1] *Recueil de Sirey*, 1888. 1. 25; *Journal du Palais*, 1888. 1. 194 (note de Ch. Lyon-Caen).

Digitized by Google

s'il s'agit d'un navire ayant une grande valeur, le système consacré par le *merchant shipping Act* anglais est plus avantageux pour le propriétaire du navire responsable que le système français; mais il n'en est pas toujours ainsi.

La diversité des lois française et anglaise a donné naissance à une intéresante question. Un abordage ayant eu lieu entre un navire anglais et un navire français par la faute du capitaine du premier, le propriétaire du navire anglais, actionné devant un tribunal de France, pouvait-il faire l'abandon du navire et du fret, conformément à la loi française?

La Cour de Rennes a repoussé l'abandon. Cette décision est très bonne. L'arrêt n'est critiquable, selon nous, que dans ses motifs. La Cour de Rennes n'a pas cru devoir se borner à donner un motif à l'appui de son arrêt, elle en a donné deux qui ont chacun une portée différente et qui ne peuvent pas concourir ensemble. La Cour invoque à la fois la théorie connue sous le nom de théorie de la loi du pavillon et la nature purement civile du droit de faire abandon du navire et du fret. Il faut opter entre ces deux motifs; ils ne peuvent être donnés cumulativement. Pour qu'il y ait à rechercher quelle loi est applicable, il faut qu'il soit reconnu que la faculté d'abandon n'est pas un droit civil refusé comme tel aux étrangers.

Des deux motifs donnés par la Cour de Rennes le premier nous paraît très exact, le second nous semble, au contraire, erroné. En d'autres termes, pour nous, la loi du pavillon doit servir à déterminer si l'abandon du navire et du fret est possible. Le droit de faire cet abandon n'est pas un droit civil dans le sens de l'art. 11, C. civ. Il peut appartenir à des étrangers; il en est ainsi lorsque la loi du pavillon du navire admet le droit d'abandon.

Il importe, dans l'intérêt du commerce maritime entre les nations, que la loi applicable aux questions nées à l'occasion des expéditions maritimes, ne varie pas avec le hasard des voyages et avec le tribunal saisi des contestations. Il faut spécialement, quand une personne arme son navire, qu'elle sache quelle sera l'étendue de sa responsabilité à raison des fautes du capitaine commises au préjudice des tiers. La loi du tribunal saisi (*lex fori*) ne doit régir que les questions de compétence et de procédure.

Digitized by Google

Si l'on tient compte de la loi du pays du tribunal saisi, on remet, en réalité, la détermination de la loi à appliquer au demandeur, quand il a l'option entre plusieurs tribunaux dont le siège est dans des Etats différents. C'est précisément là ce qui se présente en cas d'abordage. On admet généralement que le propriétaire ou le capitaine du navire abordeur peut être actionné devant le tribunal du port d'armement ou dans l'un des ports où le navire abordeur peut être arrêté [1]. Avec l'application de la loi du pavillon, on échappe à ce grave inconvénient et on obtient un avantage considérable. Cette loi est connue ou doit être connue de l'armateur; elle est indépendante de tous les événements qui peuvent se produire pendant le voyage. L'application de la loi du pavillon est, du reste, bien naturelle. C'est elle, en effet, qui sert à déterminer les pouvoirs du capitaine et ses rôles divers. Elle doit aussi être appliquée lorsqu'il s'agit de fixer les conséquences des faits ou des actes du capitaine à l'égard du propriétaire du navire au point de vue de l'étendue de la responsabilité de celui-ci.

D'après la loi du pavillon, on devait dans l'espèce écarter l'application de l'art. 216, C. com., mais reconnaître à l'armateur, s'il prétendait en user, la faculté de ne payer l'indemnité due qu'à raison de 8 livres sterling par tonneau de jauge, conformément aux dispositions du *merchant shipping Act*.

Comme nous le disons plus haut, la Cour de Rennes ne s'est pas bornée, pour repousser l'abandon, à invoquer la théorie de la loi du pavillon. Elle indique, en outre, que le droit de faire l'abandon est un droit civil dans le sens strict du mot et doit, par conséquent, être refusé, en principe, aux étrangers.

Il y a évidemment là une question spéciale se rattachant à la question générale qui s'élève sur l'art. 11, C. civ. : quels sont ces droits appelés droits civils par cet article, qui n'appartiennent aux étrangers en France que sous la condition de la réciprocité diplomatique ou de l'établissement du domicile des étrangers sur notre territoire avec autorisation du gouvernement (art. 11 et 13, C. civ.)? Nous croyons que les droits civils sont ceux qu'un texte de loi refuse aux étrangers, et aucun texte ne leur refuse le droit de faire l'abandon du navire et du fret. Mais ce n'est pas le

[1] Arthur Desjardins, *Traité de Droit commercial maritime*, t. V, n° 111.

Digitized by Google

lieu de discuter ici cette question générale; elle ressortit au droit civil.

Nous nous bornerons à indiquer quelques-unes des conséquences singulières auxquelles conduirait la reconnaissance du caractère de droit civil au droit d'abandon du navire et du fret. Avec ce principe, les étrangers dont la loi nationale admet l'abandon ne pourraient pas le faire en France. Mais alors dans quelle mesure ces étrangers seraient-ils responsables? La logique conduirait à admettre à leur charge une responsabilité illimitée. Donnerait-on la même solution pour les étrangers dont les lois, comme la loi anglaise, restreignent la responsabilité de l'armateur, sans cependant admettre l'abandon? En cas d'affirmative, on appliquerait en France à ces armateurs étrangers une loi qui ne serait ni la loi française ni leur loi nationale. Si, au contraire, on faisait bénéficier les armateurs étrangers des restrictions apportées par leur loi nationale à leur responsabilité, dès l'instant où il ne s'agirait pas de l'abandon du navire et du fret, on traiterait plus rigoureusement les armateurs des pays dans lesquels le principe de l'abandon est admis. Ainsi, l'on réserverait toute la rigueur de la responsabilité illimitée aux propriétaires de navires dont la loi nationale consacre les règles du droit français.

Prêt à la grosse. Prêt avant le départ. Navire étranger. Loi du pavillon. (Arrêt de la Cour de Rouen, du 7 mai 1888) [1].

Les lois françaises du 10 décembre 1874 (art. 27) et du 10 juillet 1885 (art. 39) ont supprimé le privilège du prêteur à la grosse avant le départ. Mais cette suppression n'a pas eu lieu dans tous les pays. Le Code de commerce italien de 1882 (art. 671, 13°) reconnaît encore le privilège attaché au prêt à la grosse antérieur au départ. — De cette diversité des lois est née la question suivante : peut-on, même depuis les lois de 1874 et de 1885, faire valoir sur un navire étranger se trouvant dans les eaux françaises, le privilège attaché au prêt à la grosse antérieur au départ, si ce privilège est admis par la loi du pays auquel le navire appartient?

A plusieurs reprises, le tribunal de commerce [2], le tribunal

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 141.

[2] 8 avril 1876.

Digitized by Google

civil de Marseille [1] et la Cour d'Aix [2] ont refusé d'admettre le privilège en pareil cas. Cette opinion se fonde sur ce que les droits de préférence pouvant être admis sur les biens mobiliers, sont déterminés par la loi du pays où se trouvent ces biens (*lex rei sitæ*), par conséquent par la loi du pays où siège le tribunal saisi, s'il y a un procès relativement à ces droits de préférence (*lex fori*).

La Cour de Rouen, confirmant un jugement du tribunal de commerce du Havre du 12 janvier 1887 [3], a, au contraire, décidé que le privilège du prêt à la grosse antérieur au départ pouvait être exercé par un prêteur sur un navire italien. La Cour de Rouen se borne à dire, dans les motifs de son arrêt, que les lois de 1874 et de 1885 ne peuvent s'appliquer qu'aux navires français.

La solution nous semble excellente. Le motif seul est insuffisant ou plutôt ce n'est pas un motif, c'est l'affirmation d'une solution contestée. En réalité, le principe appliqué par la Cour de Rouen est celui de la loi du pavillon. C'est cette loi qui doit servir à déterminer les droits de préférence qui peuvent grever un navire. Les bâtiments de mer ne sont pas des meubles ordinaires, ils ont une nationalité, qui se révèle par un signe matériel, le pavillon, et qui se prouve par les papiers de bord. On conçoit qu'au point de vue des conflits des lois, on leur applique une autre règle qu'aux meubles ordinaires. L'application de la loi du pavillon a le grand avantage de favoriser le crédit maritime au développement duquel toutes les nations sont intéressées. — Nous n'insistons pas sur cette grande théorie de la loi du pavillon que nous avons développée longuement il y a quelques années [4], et que nous avons invoquée et appliquée dans cet article même à plusieurs reprises.

Privilège du fournisseur. Construction à forfait. (Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 10 juillet 1888) [5].

Cet arrêt résout une très ancienne question, qui, jusqu'ici, a divisé la jurisprudence comme la doctrine.

[1] 4 avril 1881, *Recueil de jurisprudence de Marseille*, 1882. 2. 19.

[2] Aix, 22 novembre 1876, *Recueil de jurisprudence de Marseille*, 1877, 1. 166.

[3] *Revue internationale du Droit maritime*, 1886-87, p. 684.

[4] V. Ch. Lyon-Caen, *Études de droit international privé maritime*.

[5] *Revue internationale du Droit maritime*, 1888-89, p. 131.

Digitized by Google

L'art. 191-8°, Code com., attribue un privilège sur le navire aux fournisseurs et aux ouvriers employés à la construction d'un navire. Ce privilège ne donne lieu à aucune difficulté, lorsque la construction se fait *par économie*. Les ouvriers traitent dans ce cas directement avec l'armateur, qui fait construire et qui est propriétaire du bâtiment, comme il l'était des matériaux. Mais, quand la construction a lieu *à forfait* (ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent), une grave question se pose. Les fournisseurs et ouvriers ont assurément le privilège de l'art. 191-8° sur le navire, tant que celui-ci appartient à l'entrepreneur. Mais ce privilège subsiste-t-il même après que le navire est devenu la propriété de l'armateur? La question présente un grand intérêt lorsque l'armateur a payé l'entreprenenr. Les ouvriers et les fournisseurs n'ont alors rien à réclamer à l'armateur, s'ils n'ont plus de privilège. S'ils ont, au contraire, conservé leur privilége, ils ont le droit de saisir et de faire vendre le navire pour être payés.

Sous l'ancienne monarchie, une déclaration du 16 mai 1747 décida que les fournisseurs et ouvriers ne pouvaient agir que par voie de saisie-arrêt contre le propriétaire du navire qui échappait ainsi au danger de payer deux fois.

Des auteurs et d'anciens arrêts ont soutenu, sous l'empire du Code de commerce, cette solution. On a allégué en faveur de cette opinion, que la déclaration de 1747 n'a pas été abrogée et on a aussi invoqué l'art. 1798, C. civ.

On a parfois aussi proposé une distinction entre le cas où les ouvriers et fournisseurs ont ignoré et le cas où ils ont su que le navire était construit à forfait. Selon cette doctrine, le privilège ne pourrait s'exercer à l'encontre du propriétaire du navire que dans le cas d'ignorance des ouvriers et fournisseurs.

Ces deux opinions sont avec raison repoussées par la Chambre des requêtes. La déclaration de 1747 n'a pas été enregistrée dans tous les Parlements. Les anciens commentateurs n'en tenaient pas tous compte. De ce nombre était Valin. Du reste, la loi du 15 septembre 1807, qui a mis en vigueur le Code de commerce, a abrogé les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par le Code; il a statué sur les privi-

Digitized by Google

lèges (art. 190 et 191). Quant à la distinction entre le cas de bonne foi et le cas de mauvaise foi des ouvriers et des fournisseurs, elle est équitable. Valin l'admettait (sur l'art. 17, livre Ier, titre XIV, de l'Ordonnance de 1681). Mais nous ne voyons pas quelle disposition légale ou quel principe de droit peut lui servir de fondement.

Une troisième doctrine, à laquelle nous donnons notre entière adhésion, est consacrée par la Chambre des requêtes : quand la construction a lieu à forfait, les ouvriers et founisseurs ont un privilège qu'ils peuvent exercer en tous les cas sur le navire à l'encontre du propriétaire du navire. L'art. 191-8°, C. com., admet le privilège dont il s'agit, sans distinguer entre le cas de construction par économie et le cas de construction à forfait. Il est impossible que le législateur n'ait pas entendu viser le second cas; il est de beaucoup le plus ordinaire. Les deux doctrines opposées conduiraient pourtant à refuser le privilège soit d'une façon absolue, soit dans un grand nombre de circonstances. Du reste, il ne faut pas oublier que le marché à forfait pour la construction d'un navire, lorsque l'entrepreneur fournit les matériaux, est une vente à livrer. L'armateur est, comme acheteur, l'ayant-cause du vendeur. Il est en cette qualité, soumis au droit de suite. Le privilège est né sur le navire alors qu'étant en construction, il appartenait à l'entrepreneur; le navire est passé à l'armateur avec le privilège qui le grevait. Ch. LYON-CAEN.

LA LOI DU 13 FÉVRIER 1889 SUR LES RENONCIATIONS A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME AU PROFIT DES TIERS ACQUÉREURS,

Par M. Albert Tissier, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel.

SOMMAIRE :

1. — Hypothèse prévue par la loi nouvelle. — Physionomie générale de cette loi.
2. — Notions préliminaires. — Des renonciations au profit des tiers acquéreurs avant la loi du 23 mars 1855.
3. — Loi du 23 mars 1855, art. 9. Elle ne vise pas expressément les renonciations au profit des tiers acquéreurs.
4. — Controverse sur l'application de l'art. 9 à ces renonciations. Théorie de l'extension.
5. — Exposé de la théorie contraire.

Digitized by Google

6. — Restrictions apportées à cette théorie dans les cas de renonciation par acte séparé, ou de renonciation subrogative.
7. — Sous la loi de 1855, les renonciations pouvaient être expresses ou tacites. Le droit de préférence pouvait survivre au droit de suite.
8. — Pétition des chambres des notaires afin de faire écarter l'application de l'art. 9 dans le cas de renonciation au profit d'un tiers acquéreur.
9. — Projet de loi du gouvernement. Analyse succincte des travaux préparatoires.
10. — Texte de la loi nouvelle.
11. — Conditions requises par cette loi pour l'efficacité des renonciations au profit des tiers acquéreurs.
12. — Condition d'authenticité.
13. — Les renonciations doivent être expresses, ou, si elles sont tacites, résulter de certains faits spécifiés par la loi.
14. — Condition de publicité.
15. — Les renonciations subrogatives ne paraissent pas devoir être soumises à d'autres conditions. Renvoi.
16. — Effets de la renonciation au profit du tiers acquéreur. Extinction du droit de suite. Survie possible d'un droit sur le prix.
17. — Nature et portée du droit conservé par la femme.
18. — Durée de ce droit.
19. — Sa conservation n'est pas subordonnée à des règles spéciales.
20. — Son extinction n'est pas soumise à des conditions particulières.
21. — Concours de la femme au paiement partiel du prix.
22. — Cessions ou subrogations consenties par la femme en ce qui concerne le droit conservé par elle sur ce prix. Nature de ces cessions. Elles ne sont pas soumises à l'art. 9 de la loi de 1855.
23. — Subrogation à ce droit au profit de l'acquéreur. Subrogation tacite résultant du concours de la femme à la quittance.
24. — Cette subrogation n'est pas soumise à la règle de l'authenticité.
25. — Elle n'est pas soumise non plus à aucune publicité. Erreur contenue dans le § 5 de la loi nouvelle.

1. La loi du 13 février 1889, qui a ajouté à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 cinq paragraphes nouveaux, vise l'hypothèse très spéciale, mais très pratique, de la renonciation qu'une femme mariée peut consentir à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur d'un immeuble qui en est grevé. Cette hypothèse avait, jusqu'ici, donné lieu à de graves difficultés, qui se trouvent, pour la plupart, définitivement tranchées. Mais, outre que les solutions résultant de la loi nouvelle ne sont pas toutes également heureuses, on peut se demander si elle ne va pas susciter à son tour une série de questions fort délicates. A l'inverse de la loi de 1855 qui s'est montrée d'une réserve peut-être excessive sur la question des subrogations et renonciations à l'hy-

Digitized by Google

pothèque légale de la femme, la loi de 1889 a voulu réglementer jusque dans ses moindres détails le cas particulier qu'elle avait en vue. De parti pris, le législateur de 1855 avait laissé à la jurisprudence le soin de résoudre les difficultés relatives à l'existence des conventions de subrogation ou de renonciation, à la détermination de leur portée et de leurs effets. Plus hardi, le législateur de 1889 ne s'est pas contenté de trancher la question relative à la publicité des renonciations à l'hypothèque légale intervenues au profit des tiers acquéreurs, qui seule pourtant avait fait l'objet de la pétition des chambres des notaires et du projet de loi présenté par le gouvernement; il a essayé d'apporter une solution à d'autres questions que la discussion n'a pas manqué de faire naître sur la matière épineuse soumise à son examen. Il est permis de se demander s'il n'est pas, à cet égard, tombé dans un excès de réglementation plus dangereux que la réserve gardée par le précédent législateur. Il est permis aussi de rechercher si la rédaction à laquelle il s'est arrêté n'est pas susceptible de sérieuses critiques; nous ne croyons guère, quant à nous, qu'elle soit, comme on l'a dit, de nature à « rassurer le crédit en fermant l'ère [1] des controverses ».

2. Pour bien faire ressortir l'objet et la raison d'être de la loi nouvelle, il est nécessaire de rappeler d'abord les difficultés principales auxquelles avait donné lieu l'hypothèse à laquelle elle s'applique.

Avant la loi du 23 mars 1855, la jurisprudence et les auteurs admettaient, dans le silence de la loi, que la femme mariée, régulièrement autorisée, pouvait consentir relativement à son hypothèque légale toutes cessions, subrogations ou renonciations, sans que ces conventions fussent subordonnées à aucune exigence spéciale quant à leur forme, leur publicité, leur étendue : elles pouvaient être expresses ou tacites, résulter d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé; il n'était pas nécessaire de les porter à la connaissance des tiers; leurs effets s'appréciaient suivant l'intention des parties. En ce qui concerne particulièrement la renonciation au profit d'un tiers acquéreur, on était d'accord

[1] M. Didier, *Etude sur la loi du 13 février* 1889 (*Le Droit*, n. du 14 juill. 1889).

Digitized by Google

pour décider que le simple concours de la femme à la vente d'un immeuble grevé de son hypothèque légale en entraînait l'extinction au profit de cet acquéreur, que l'acte d'aliénation fût ou non authentique. La femme, si le prix restait dû, conservait son droit de préférence à l'encontre des autres créanciers [1]. Enfin, si l'acquéreur payait son prix malgré l'existence d'autres créanciers hypothécaires, on attribuait à la renonciation de la femme le caractère d'une subrogation véritable au profit de cet acquéreur, pouvant être opposée, en cas de besoin, aux créanciers postérieurs en rang [2].

3. Lors des tentatives de réforme hypothécaire qui occupèpèrent si longtemps en France l'attention des jurisconsultes et échouèrent malheureusement en 1851, on reconnut la nécessité de prévenir certains inconvénients que la pratique avait signalés relativement aux conventions par lesquelles la femme disposait de son hypothèque légale. Dans le but d'empêcher des fraudes devenues fréquentes, on fut d'accord pour exiger que les cessions, subrogations ou renonciations fussent constatées par acte authentique et pour subordonner le rang des cessionnaires successifs à l'accomplissement d'une mesure de publicité. La loi du 23 mars 1855, s'inspirant des mêmes idées, réalisa cette réforme dans son article 9 : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation peut être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Les travaux préparatoires de la loi de 1855, très laconiques sur les dispositions de cet article 9, semblent démontrer qu'on y avait uniquement en vue l'hypothèse de subrogations consenties par la femme à son hypothèque légale [3]. « Le cessionnaire du droit de

[1] V. Sirey, *Table Gén.* 1791-1850, v° *Hyp. lég.* n. 196 et suiv.

[2] V. Sirey, *op.* et *verb. cit.*, n. 202 et suiv.

[3] On peut en dire autant des rapports extraparlementaires et des discus-

Digitized by Google

la femme, dit l'exposé des motifs, n'est protégé, quant à lui, par aucune des considérations qui peuvent empêcher la femme de prendre inscription contre son mari; il ne doit donc pas jouir de la même exception, et l'intérêt des tiers se présente alors entier pour réclamer une publicité d'hypothèque si nécessaire à la sécurité des transactions. L'acte de subrogation doit être authentique, puisqu'il doit servir de première base à une inscription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel. On sait à quelles contestations a donné lieu l'exercice des droits hypothécaires de la femme par les créanciers subrogés et quelles difficultés il a soulevées. Il y est mis fin en donnant à la date des inscriptions ou mentions l'effet de régler l'ordre dans lequel seront admis les cessionnaires. » Le rapport de M. de Belleyme n'ajouta rien à ces considérations, et l'article 9 ne donna lieu d'ailleurs à aucune discussion.

4. Le législateur ne paraissait pas avoir prévu, ou tout au moins, n'avait pas visé d'une façon particulière, les renonciations consenties au profit d'un tiers acquéreur. Aussi la difficulté ne tarda-t-elle pas à naître de savoir dans quelle mesure il fallait les considérer comme soumises aux prescriptions de l'article 9.

Une théorie, qui rallia un grand nombre de partisans, soutint qu'on devait leur appliquer les règles de forme et de publicité édictées par la loi de 1855. D'une part, même tacites et résultant du concours de la femme à l'acte de vente, elles devaient être réalisées par acte authentique [1]. D'autre part, elles devaient être rendues publiques au moyen d'une inscription ou d'une mention en marge de l'inscription préexistante [2]. Cette théorie, très simple,

sions législatives qui auront lieu lors du projet de réforme hypothécaire qui échoua en 1851. (V. *Doc. hyp.* t. 2, *passim*, et *Moniteur officiel*, 1850, p. 1160 et 3684, et1851, p. 536). Le texte voté pas l'Assemblée législative ne parlait même que de cessions aux créanciers.

[1] V. en ce sens : Lyon, 6 mars 1880, sous Cass., 22 nov. 1880 (S. 81. 1. 473); Verdier, *Transc. hypoth.*, t. 2, n. 741 *ter* et 755. — *Contra*, Dijon, 4 août 1880 (S. 80. 2. 323) : Pont, *Priv. et hyp.*, t. 1, n. 486; Berger *Transc.*, p. 452; note de M. Bufnoir sous Cass., 22 nov. 1880, précité.

[2] V. en ce sens : Lyon, 22 déc. 1863 (P. 64. 2. 31); Trib. de Charolles, 6 sept. 1879 (S. 80. 2. 148); Douai, 22 déc. 1887 (S. 89. 2. 79); Aubry et Rau, t. 3, p. 466; Bertauld, *Subrog. à l'hyp. lég. de la femme*, n. 99; Garnier, *id.*, n. 349 et 350; Rivière et Huguet, *Quest. sur la loi de* 1885, n. 391; Moreau, note sous Cass., 23 août 1866 (S. 67. 1. 9).

Digitized by Google

invoquait les termes généraux de l'art. 9, la nécessité de protéger également la femme contre des cessions ou renonciations imprudentes, quel qu'en fût le bénéficiaire, enfin l'utilité pour les tiers de connaître les renonciations extinctives de l'hypothèque légale aussi bien que celles par lesquelles la femme en disposait au profit de certains créanciers. Elle conduisait à des conséquences très graves et très gênantes en pratique. En effet, elle aboutissait à ce résultat que l'acquéreur d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme ne pouvait en obtenir l'extinction sans procéder à la purge; une fois la renonciation consentie par la femme, il devait prendre une inscription afin de se prémunir contre des cessions postérieures; il devait ensuite la renouveler en temps utile pour en éviter la péremption; la radiation ne pouvait intervenir qu'à la suite des formalités longues et coûteuses des art. 2193 et s. C. civ. En somme, c'était aboutir à l'impossibilité d'éteindre par une renonciation l'hypothèque légale de la femme du vendeur; un pareil résultat était désastreux pour les ventes d'immeubles de peu d'importance.

5. Cette théorie d'ailleurs était loin d'avoir triomphé. La pratique notariale avait toujours refusé d'obéir à cette exigence étrange d'une inscription destinée à rendre publique une hypothèque éteinte : elle était approuvée sur ce point par un grand nombre d'auteurs et d'arrêts [1]. Les uns se basaient uniquement sur ce que les renonciations au profit d'un acquéreur étaient restées en dehors des règles de l'art. 9, le texte de cet article, rapproché des motifs qui l'avaient inspiré, ne visant que les seules cessions, en vue du rang à établir entre les différents cessionnaires, et la raison d'être de ces règles n'étant pas d'ailleurs aussi puissante quand il s'agissait de renonciations que la transcription de l'alié-

[1] V. en ce sens : Dijon, 4 août 1880 (S. 80. 2. 323), et 6 février 1889 (S. 89. 2. 79); Trib. La Flèche, 26 août 1878 (S. 80, 2. 148); Trib. Beaune, 28 août 1879 (S. 80. 2. 148); Trib. du Mans, 28 janv. 1880 (D. 80. 2. 134); Pont, *Priv. et hyp.*, t. 1, p. 512, et *Rev. du not.*, t. 7, p. 829; Mourlon, *Transc.*, t. 2, n. 970; Larombière, sur l'art. 1250, n. 57 et s.; Boileux, t. 7, p. 442; Berger, *Transc.*, n. 343 et s.; Boulanger, *Rad. hyp.*, n. 112 et s.; Amiaud, *Rev. prat.*, t. 24, p. 481, et t. 27, p. 81; Bufnoir sous Cass., 22 nov. 1880 (S. 81. 1. 473); Labbé, sous Lyon, 22 déc. 1863 (P. 64. 2. 31) et *Rev. crit.*, 1881, p. 337.

Digitized by Google

nation faisait connaître [1]. D'autres ajoutaient que les cessionnaires de l'hypothèque légale, ne pouvant se prévaloir de la dispense d'inscription, uniquement établie en faveur de la femme, ne devaient, dans aucun cas, être admis à s'inscrire après la transcription de l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de cette hypothèque légale; par suite, l'acquéreur de cet immeuble, bénéficiaire de la renonciation consentie par la femme, n'avait pas à rendre cette cession publique, aucun conflit n'étant à craindre entre lui et des cessionnaires ultérieurs. « Aucune loi spéciale, dit l'arrêt de la Cour de Dijon du 6 février 1889, n'ayant réglé les rapports d'un créancier subrogé à l'hypothèque légale d'une femme mariée avec l'acquéreur d'un immeuble, c'est le droit commun qu'il faut leur appliquer, le droit commun qui ne permet pas à un créancier hypothécaire soumis à la nécessité d'une inscription d'atteindre un tiers détenteur que protège une transcription antérieure à cette inscription..... La loi susvisée ne fait qu'étendre à l'hypothèque légale de la femme, quand c'est un tiers qui en est bénéficiaire, le régime commun à toutes les autres hypothèques; donc pas plus que celles-ci, elle ne peut grever des immeubles sortis du patrimoine du débiteur et qu'une transcription antérieure à l'inscription de la subrogation a mis hors de ses atteintes. » On renforçait encore cet argument en disant que les acquéreurs devaient être considérés comme des tiers dans le sens de l'art. 9, et qu'il leur était par suite possible d'écarter les cessions d'hypothèque légale non encore rendues publiques au jour de la transcription de leur acquisition [2].

De ces différents motifs, le premier était suffisant pour entraîner la conviction. C'était même, à notre avis, le plus simple et le meilleur. Les autres nous paraissent contestables. Nous ne sommes pas très assurés de l'exactitude de cette idée que sous la loi de 1855, « Toute inscription de l'hypothèque légale au profit d'un

[1] Il y avait désaccord entre les partisans de cette théorie sur le point de savoir si la renonciation au profit du tiers acquéreur n'était efficace que par la transcription. La plupart paraissaient l'exiger; d'autres, plus logiques peut-être, s'en tenaient au maintien de la règle suivie avant la loi de 1855 et que cette loi n'avait pas modifiée.

[2] V. la note de M. Bufnoir, précitée; M. Didier, *op. cit.*—C. pr. la note de M. Lyon-Caen (S. 79. 2. 297).

Digitized by Google

tiers subrogé survenue depuis la transcription est inopérante et dépourvue de toute efficacité. » En somme la femme a conservé son hypothèque avec le bénéfice de la dispense d'inscription et c'est là un avantage et une prérogative dont les cessionnaires peuvent, semble-t-il, se prévaloir, sinon pour l'avenir, du moins pour le passé, comme elle aurait pu le faire elle-même. Sans doute ce bénéfice lui est personnel : mais au moment où elle cède son hypothèque, elle la cède avec tous ses avantages : si le cessionnaire peut venir, grâce à la subrogation, avant des créanciers antérieurement inscrits, pourquoi ne pourrait-il pas aussi bien s'inscrire à l'encontre du tiers acquéreur qui a déjà transcrit? On dit que les cessionnaires ne peuvent pas exercer de droit propre contre ce dernier, qu'ils ne peuvent que faire valoir ceux de la femme, dans la mesure où elle le pourrait elle-même. C'est là une solution qui ne nous paraît pas découler bien nettement de la combinaison des art. 3, 6 et 9 de la loi du 23 mars 1855. De ce qu'après la transcription de la vente, il ne peut être inscrit d'hypothèque du chef du vendeur, il ne résulte pas que cette formalité empêche en quoi que ce soit la cession et l'inscription par le cessionnaire de l'hypothèque légale de la femme de ce vendeur. Nous croyons, en résumé, que, sous l'empire de la loi de 1855, si, en principe, les cessionnaires de la femme pouvaient, après une aliénation transcrite, inscrire valablement de leur chef l'hypothèque légale qui leur était cédée [1], ils ne le pouvaient plus lorsque cette aliénation avait été accompagnée d'une renonciation de la femme au profit de l'acquéreur. Cette renonciation d'ailleurs n'avait pas à être publiée dans les conditions prescrites par l'art. 9, pas plus que les autres actes ayant pour effet d'éteindre l'hypothèque de la femme.

6. Un assez grand nombre d'auteurs, partisans de cette solution, la restreignaient au cas où la renonciation de la femme était concomitante à l'aliénation de l'immeuble, et laissaient de côté la renonciation par acte séparé. Ils la restreignaient aussi à l'hypothèse où la renonciation avait pour effet d'éteindre l'hypothèque légale. Dans les cas où la renonciation avait en réalité le

[1] *Sic*, Paris, 18 août 1876 (S. 79. 2. 255). — La loi nouvelle admet implicitement cette idée. (V. *infra*, n. 14).

Digitized by Google

caractère d'une véritable subrogation au profit de l'acquéreur[1], ils la faisaient retomber sous l'application des règles ordinaires d'authenticité et de publicité. Cette solution fut admise à deux reprises par la Cour de cassation qui, quoiqu'on ait dit le contraire au cours de la discussion de la loi nouvelle, ne s'est jamais prononcée à l'égard des renonciations purement extinctives[2].

7. De même qu'avant la loi de 1855, la jurisprudence admettait d'ailleurs sans difficulté que les renonciations au profit du tiers acquéreur pouvaient être tacites[3]. Elle avait également maintenu la règle de la survie du droit de préférence au droit de suite, si la femme, le prix n'étant pas payé, voulait faire valoir son hypothèque à l'encontre des autres créanciers du mari. Il y avait désaccord sur le seul point de savoir si ce droit conservé par la femme était opposable à l'acquéreur, de telle sorte qu'il n'aurait pu valablement payer qu'avec le concours de celle-ci, ou s'il n'était pas seulement susceptible d'être opposé aux créanciers inscrits sur l'immeuble comme dans les hypothèses des art. 717 et 772, C. proc. civ.[4].

8. Les praticiens s'émurent à différentes reprises des difficultés auxquelles donnaient lieu les dissidences des tribunaux sur l'application des règles de publicité de l'art. 9 de la loi de 1855 aux renonciations à l'hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur. En 1862, une pétition avait déjà été présentée, et le Sénat l'avait écartée sur l'affirmation de son rapporteur que la réforme demandée était inutile, la loi de 1855 ne s'appliquant

[1] V. Aubry et Rau, t. 3, § 471, § 288.

[2] Cass., 29 août 1866, S. 67. 1. 9; 22 nov. 1880, S. 81. 1. 473. — La nécessité pour l'acquéreur d'inscrire l'hypothèque légale de la femme, au cas d'une renonciation ayant le caractère d'une subrogation à son profit, pour en être saisi à l'égard des tiers, paraît d'ailleurs plus difficile à expliquer si on admet avec certains auteurs (V. n. 5) que les cessionnaires ne puissent plus, d'une façon générale et dans aucun cas, requérir de leur chef aucune inscription après la transcription de l'aliénation.

[3] V. Sirey, *tables déc.* V. *hyp. lég.*, 1851-60, n. 75 et s., 1861-70, n. 77 et s., 1871-80, n. 60 et s.

[4] V. dans le premier sens, Amiens, 16 févr. 1854, S. 54. 2. 260; Dijon, 17 nov. 1876, S. 77. 2, 261, dans le second, Amiens, 3 mars 1853, P. 53. 1. 69. — V. aussi Cass., 12 févr. 1868, S. 68. 1. 389.

Digitized by Google

évidemment pas aux renonciations extinctives[1]. En 1881, une série de jugements en sens divers ayant été rendus sur la question, et certains conservateurs des hypothèques paraissant disposés à se conformer par prudence à la solution la plus rigoureuse, les chambres de notaires adressèrent une nouvelle pétition à la Chambre des députés. On peut croire qu'il eût été possible d'éviter l'intervention du législateur; la Cour de cassation ne s'était jamais prononcée sur la difficulté, et peut-être eût-elle sanctionné la théorie que nous avons admise et qui avait réuni le plus grand nombre d'autorités[2]. Sans attendre qu'elle fût à même de donner son opinion, les auteurs de la pétition demandèrent qu'on ajoutât à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 un paragraphe ainsi conçu : « Le concours de la femme à l'aliénation consentie par le mari d'un immeuble propre ou conquêt de communauté emporte extinction de l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble aliéné *erga omnes*, à partir du jour de la transcription de l'aliénation. La renonciation par la femme à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur, si elle a lieu par acte séparé, n'est opposable aux tiers acquéreurs qu'à partir du jour où la mention de cette renonciation a été opérée au bureau des hypothèques en marge de la transcription qui constate l'aliénation. »

9. A la suite de cette pétition, le gouvernement déposa, le 7 décembre 1881, un projet de loi dont la rédaction ne diffère que dans la forme de celle qui lui était proposée : « La renonciation à son hypothèque légale consentie par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble propre à son mari ou dépendant de la communauté emporte extinction de cette hypothèque. Elle vaut purge légale pour l'acquéreur et est opposable aux créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires lorsqu'ils n'ont pas fait inscrire leur subrogation antérieurement à la

[1] Rapport de M. de Casabianca au Sénat, 21 juin 1862.

[2] La Cour de cassation était saisie au moment du vote de la loi d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Douai du 22 décembre 1887, précité. Le pourvoi a été admis par la Chambre des requêtes le 6 février 1889. La décision que la Chambre civile est appelée à rendre n'a plus maintenant qu'un intérêt rétrospectif.

Digitized by Google

transcription du contrat de vente ou à la mention de la renonciation en marge du contrat de vente transcrit [1]. »

Les phases traversées par ce projet de loi sont intéressantes à rappeler. La commission de la Chambre se prononça pour son adoption, mais en ajoutant la nécessité de la forme authentique pour les renonciations par acte séparé. Elle proposa la rédaction suivante : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles aliénés par son mari, à quelque titre que ce soit, emporte extinction de cette hypothèque et vaut purge à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation si cette renonciation y est contenue, soit de la mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si cette renonciation a été constatée par acte authentique distinct. La transcription ou la mention ainsi opérées sont opposables à tous les créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires et qui n'ont pas fait inscrire les subrogations ou renonciations consenties à leur profit avant la transcription ou avant la mention ci-dessus indiquée [2]. »

La législature de 1881-1885 prit fin sans que le projet de loi vînt en discussion. Le gouvernement le déposa de nouveau le 26 novembre 1885 à la Chambre des députés [3]. La commission nouvelle modifia encore la rédaction précédemment arrêtée. Elle voulut exiger dans tous les cas l'authenticité, et en outre, viser les renonciations tacites résultant du seul concours de la femme à la vente. En conservant la première phrase du texte admis par la précédente commission, avec cette différence qu'il n'y était plus question que de « l'acte authentique d'aliénation », elle adopta deux autres dispositions ainsi conçues : « En l'absence de stipulations contraires, cette renonciation résulte du concours de la femme à l'acte d'aliénation. Le notaire qui reçoit l'acte d'aliénation est tenu de donner lecture à la femme de la présente disposition et de mentionner cette lecture dans l'acte, sous peine de 20 francs d'amende [4]. » Le texte ainsi modifié fut voté sans

[1] V. *J. off.* 1881, *annexes*, n° 138.
[2] *J. off.* 1885, *annexes*, n° 3113.
[3] *J. off.* 1886, *annexes*, n° 106.
[4] *J. off.* 1886, *annexes*, n° 583.

Digitized by Google

discussion par la Chambre des députés les 19 avril et 27 mai 1886.

La commission nommée par le Sénat fut d'avis de supprimer la nécessité de la forme authentique pour les renonciations à l'hypothèque légale; mais elle voulut, en revanche, spécifier d'une part en quoi devait consister le concours de la femme pour entraîner renonciation à son hypothèque, d'autre part énoncer formellement la règle de la survie du droit de préférence au droit de suite. En conservant, sauf la suppression du mot « authentique », la première partie du texte voté par la Chambre, elle ajoutait les paragraphes suivants: « En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur résulte de son concours à l'acte d'aliénation, soit comme covenderesse, soit comme garante solidaire de la vente. Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, conformément aux art. 717 et 772, C. proc. civ. [1]. »

10. Le texte de la loi se trouva développé encore par l'adoption d'amendements [2] qui surgirent au cours de la discussion devant le Sénat. On revint à la règle de l'authenticité; on voulût de plus réglementer soigneusement l'hypothèse où il s'agit d'une renonciation devant investir l'acquéreur du bénéfice de l'hypothèque légale de la femme, et équivaloir pour lui à une subrogation. C'est ainsi que fut votée en définitive la loi qui a été promulguée le 13 février 1889 et dont nous reproduisons les termes avant d'en présenter un rapide commentaire, et de hasarder les critiques que son étude nous a suggérées :

« La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct.

« Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne pro-

[1] *J. off.* 1888, *annexes*, n° 37.

[2] V. *J. off. Débats parlem.*, 6 et 7 fév., 23 et 29 oct. 1888. — V. aussi le rapport supplémentaire, *J. off.* 1888, *annexes*, n° 344.

Digitized by Google

duit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique.

« En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari.

« Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article.

« Les dispositions qui précédent sont applicables à la Guadeloupe, à la Martinique, et à la Réunion. »

11. Les conditions auxquelles est subordonnée, d'après la loi dont nous venons de reproduire le texte, l'efficacité de la renonction consentie par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur d'un immeuble qui en est grevé, peuvent se ramener à trois. Deux ont trait à la validité de la renonciation *inter partes* : la loi veut que la renonciation soit toujours contenue dans un acte authentique; elle exige, de plus, qu'elle soit expresse, ou, si elle est tacite, qu'elle résulte de circonstances strictement et limitativement déterminées. La troisième condition se réfère à la publicité; la renonciation ne vaudra à l'égard des tiers qu'après la transcription de l'acte d'aliénation, si elle y est contenue, ou après sa mention en marge de cette transcription si elle est consentie séparément. Cette dernière solution mérite d'être approuvée : elle met fin à une controverse gênante pour la pratique, et repousse une théorie dont nous avons indiqué les ré-

Digitized by Google

sultats désastreux. Mais les deux autres règles résultant de la loi nouvelle sont, à notre avis, critiquables, et il eût mieux valu maintenir l'état de choses antérieur contre lequel aucune objection n'avait été formulée dans les réclamations des chambres de notaires.

12. Il est permis d'abord de douter que l'exigence d'un acte authentique, pour laquelle le Garde des sceaux a beaucoup insisté, soit une réforme heureuse. Au point de vue pratique, il sera souvent regrettable, pour les ventes de minime importance que jusqu'ici on faisait fréquemment sous seing privé, d'être astreint à recourir à l'intervention d'un notaire. Les raisons qu'on a données pour consacrer cette solution sont loin d'être péremptoires. On a fait valoir d'une part la protection due à la femme, d'autre part la nécessité de mettre la loi en harmonie avec l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, et avec les principes généraux du régime hypothécaire. Mais on peut répondre d'abord que la protection de la femme devient exagérée quand on exige, sans distinction, que toute convention de nature à amoindrir, si peu que ce soit, son hypothèque légale, soit faite avec des formes solennelles; on peut ajouter qu'il était au moins facile et raisonnable de ne pas soumettre à cette exigence les renonciations tacites résultant du concours de la femme à l'acte d'aliénation. Une pareille solution n'eût rien eu de contraire à l'art. 9 de la loi de 1855 qui prévoit le cas de cessions devant donner lieu à inscriptions : elles doivent être authentiques comme tout acte en vertu duquel une inscription est requise. Elle n'eût rien eu de contraire, non plus, aux règles générales du système hypothécaire. La loi permet, en effet, la transcription des actes sous seing privé; d'un autre côté, elle n'exige aucune forme solennelle pour la renonciation à un droit d'hypothèque (art. 2180); l'authenticité n'est nécessaire que pour l'acte en vertu duquel la radiation est opérée, et dans le seul intérêt de la foi due aux registres et de la sécurité des conservateurs; il y a là une distinction qui a été quelque peu méconnue dans la discussion devant le Sénat [1].

[1] V. en sens contraire de ces critiques le *Commentaire de la loi du 13 février* 1889 de M. Escorbiac, *Revue des lois nouvelles*, 1889, et l'étude sur la même loi de M. Didier (*Le Droit*, 14 fév. 1889).

Digitized by Google

Étant donné le texte admis par la loi, il n'est pas d'ailleurs douteux que la renonciation, si elle est sous seing privé, sera radicalement nulle, *erga omnes* [1].

13. La loi du 13 février 1889, § 3, veut, en outre, que la renonciation de la femme soit expresse, ou, si elle est tacite, qu'elle résulte du concours de la femme à la vente comme covenderesse, garante, ou caution de son mari. C'est là une innovation, peu dangereuse d'ailleurs au point de vue pratique, mais qui ne peut se recommander d'aucune raison sérieuse, et qui est à la fois contraire à l'opinion jusqu'ici admise par les auteurs, à une jurisprudence constante, aux principes généraux du droit, et à ceux qui ont spécialement inspiré le législateur de 1855.

On avait admis sans contestation jusqu'à la loi nouvelle que la renonciation de la femme à son hypothèque légale peut être tacite, qu'il appartient aux juges de rechercher et d'apprécier les circonstances d'où elle dérive, que le concours de la femme à l'aliénation d'un immeuble du mari ou de la communauté, doit être considéré comme impliquant en général cette renonciation, à moins qu'il ne s'explique par d'autres raisons. C'était là une application du principe élémentaire d'après lequel on ne peut, sauf volonté contraire de la loi, exiger dans les conventions des formes spéciales pour la manifestation du consentement des parties. C'était aussi une règle en harmonie parfaite avec l'art. 9 de la loi de 1855 qui a prudemment réservé au juge le soin de déterminer les cas dans lesquels il y a renonciation par la femme à son hypothèque. Il n'y avait pas de motifs sérieux pour l'abandonner. Le rappor-

[1] Le rapport de M. Merlin, au Sénat, est formel en ce sens. — V. aussi Cass., 22 nov. 1880, S. 81. 1. 473. — C'est évidemment à tort que certains orateurs ont dit au Sénat qu'il ne pouvait résulter du texte admis aucune protection pour la femme, celle-ci restant personnellement obligée vis-à-vis l'acquéreur même par une convention sous seing privé, et ne pouvant faire valoir contre lui son hypothèque. Il est facile de répondre que la renonciation a pu avoir lieu sans aucun engagement personnel et que la femme conserve alors pour elle-même le bénéfice de son hypothèque légale, sa renonciation étant nulle. Serait-elle personnellement engagée qu'elle aurait toujours, par suite de la nullité résultant du défaut d'authenticité, gardé à sa disposition un précieux instrument de crédit, puisqu'elle pourrait consentir à des tiers des cessions qui s'exerceraient à l'encontre de l'acquéreur.

Digitized by Google

teur au Sénat, M. Merlin, en faisant admettre le texte qui restreint le pouvoir d'appréciation du juge, paraît avoir été surtout sous l'empire de cette idée que la renonciation tacite doit nécessairement résulter d'une obligation personnelle prise par la femme vis-à-vis l'acquéreur. Cette considération n'est pas exacte; la renonciation tacite, comme la renonciation expresse, peut intervenir sans aucun engagement contracté par la femme. Sa présence au contrat de vente, sans aucune garantie de sa part, peut très raisonnablement être ainsi interprétée [1]. Il s'agit pour elle de l'abandon, de l'abdication d'un droit; il n'est pas besoin de rattacher sa renonciation à une obligation personnelle.

On a voulu, a-t-on dit, prévenir les discussions sur la portée du concours de la femme. Mais c'est un but qui ne paraît guère devoir être atteint. La discussion ne sera que déplacée; la loi n'exigeant pas l'emploi de termes spéciaux, on pourra toujours plaider sur le point de savoir si la femme était covenderesse, garante ou caution : le juge restera maître de déterminer si elle a pris cette qualité; il pourra même, après avoir reconnu qu'elle s'est présentée comme telle à la vente, dire qu'il n'en résulte pas nécessairement une renonciation de sa part à son hypothèque légale : la loi ne dit pas, en effet, qu'il y aura toujours renonciation dans les cas qu'elle indique, mais qu'il ne pourra y avoir renonciation que dans ces seules hypothèses. En somme le pouvoir des juges n'est guère diminué; il leur faudra seulement constater que la femme a été covenderesse, garante ou caution [2]. Sur

[1] V. le rapport de M. le conseiller Crépon, sous Cass., 22 nov. 1880, précité.

[2] M. Escorbiac (*op. cit.*) considère comme une erreur législative certaine et des plus graves de conclure de l'intervention de la femme comme caution du mari vendeur qu'elle renonce à son hypothèque légale. Le cautionnement étant une obligation personnelle et subsidiaire peut très bien, dit-il, coexister avec le maintien de l'hypothèque légale. Ses critiques ne nous paraissent pas exactes. Sans doute on peut, à la rigueur, concevoir que la femme cautionne les obligations du mari vendeur en conservant son droit d'hypothèque, même vis-à-vis l'acquéreur. (V. M. Bufnoir, *loc. cit.*). Mais c'est là une hypothèse presque chimérique, et il suffit (la loi nouvelle ne l'empêche pas) que le juge puisse faire exécuter une pareille convention, si elle se présente. En général, il est certain, comme l'a pensé le législateur, que le concours de la femme comme caution implique renonciation à son hypothèque

Digitized by Google

ce point d'ailleurs, la loi est formelle, et, bien que le rapporteur au Sénat ait concédé qu'il pût y avoir lieu, en outre, de faire résulter la renonciation tacite de certaines circonstances spéciales non prévues par la loi, il faut s'en tenir au texte adopté.

14. La règle relative à la publicité de la renonciation est seule susceptible d'être approuvée. Il n'y a plus à parler d'inscription et de purge nécessaires pour que cette renonciation soit efficace à l'égard des tiers. Il suffit, si elle résulte de l'acte d'aliénation, que cet acte soit transcrit; si elle est contenue dans un acte séparé, qu'elle soit mentionnée en marge de la transcription.

C'est là une disposition simple et raisonnable, soucieuse des intérêts de l'acquéreur, et ménageant aux tiers un moyen de publicité suffisant. On a trouvé étrange qu'une renonciation à une hypothèque soit portée sur le registre des transcriptions; certains orateurs ont demandé qu'on imposât, par analogie de l'art. 2108, C. civ., une inscription ou une mention d'office sur le registre des inscriptions. La règle adoptée est préférable; les principes ne commandent point qu'on ait recours au registre des inscriptions pour faire connaître l'extinction d'une hypothèque non inscrite; la publicité résultant de la loi nouvelle est d'ailleurs assez efficace pour les tiers vigilants [1].

Il est intéressant de faire observer que si la renonciation de la femme a été faite postérieurement à l'aliénation, la loi admet, contrairement à une théorie soutenue sous la loi de 1885 [2], que les cessionnaires de l'hypothèque légale peuvent valablement s'inscrire de leur chef après la transcription de l'aliénation jus-

légale, au même titre que son concours comme garante. « Creditor qui « permittit rem venire, pignus demittit. » (L. 158, D. *De reg. jur.*). On ne peut assimiler le cas où la femme se porte caution vis-à-vis un créancier du mari et celui où elle prend cette qualité à l'égard d'un acquéreur. Dans le premier cas, l'obligation personnelle qu'elle contracte ne peut porter atteinte à son hypothèque légale (Amiens, 26 mai 1874, S. 75. 2. 113). Mais dans notre hypothèse, il faut dire qu'en concourant à la vente comme caution du mari, la femme s'engage implicitement à ne pas évincer l'acquéreur par suite de l'exercice de son droit d'hypothèque, puisque cette éviction donnerait naissance à un recours de l'acquéreur contre son mari et par suite contre elle.

[1] *Sic*, M. Labbé, *Rev. crit.*, 1881, p. 338; M. Didier, *loc. cit.*

[2] V. *supra*, n° 5.

Digitized by Google

qu'à la mention de la renonciation en marge de cette transcription.

15. Il semble, d'un autre côté, résulter de la loi nouvelle qu'il n'y a plus lieu, aujourd'hui, de distinguer, au point de vue de la publicité, comme on le faisait en général sous l'empire de la loi de 1855, entre les renonciations purement extinctives et les renonciations ayant vis-à-vis l'acquéreur un caractère subrogatif, ces dernières devant être rendues publiques au moyen de l'inscription. La loi nouvelle formule une règle unique. La renonciation produit toujours un effet extinctif au point de vue du droit de suite (§ 1). La subrogation au profit du tiers acquéreur ne peut s'appliquer qu'au droit de préférence (§§ 4 et 5); c'est d'ailleurs le seul qu'il ait intérêt à se faire céder. Ainsi considérée, elle n'est pas soumise, croyons-nous, à la nécessité d'une inscription vis-à-vis les cessionnaires postérieurs du droit conservé par la femme sur le prix de l'immeuble vendu; le § 5 de la loi ne parle d'inscription qu'à l'égard des cessionnaires *sur d'autres immeubles*, et il nous paraît d'ailleurs qu'il a ainsi formulé une règle due à des considérations inexactes, et sans application possible pour personne[1].

16. Nous avons abordé ainsi la question des effets que produit la renonciation à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur. Les § 1, 3 et 4 de la loi s'occupent de les faire connaître. On ne peut nier qu'ils manquent un peu de clarté.

Le § 1 pose le principe : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immuebles grevés de cette hypothèque *en emporte l'extinction et vaut purge.* » Ces dernières expressions font assez nettement ressortir la situation juridique créée par la renonciation de la femme; l'extinction n'a lieu que vis-à-vis l'acquéreur, et même, à cet égard, la femme n'a pas abdiqué tout droit; elle est comme un créancier hypothécaire après la purge; son droit est reporté sur le prix; elle a une créance contre l'acquéreur garantie par un droit de préférence opposable aux autres créanciers inscrits. Le § 4 de la loi dit en effet : « Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du

[1] V. *infra*, n° 23 et suiv.

Digitized by Google

prix par lui payé de son consentement, et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires. »

17. Le droit conservé par la femme après sa renonciation est différent de celui qui est maintenu à son profit dans les hypothèses des art. 717 et 772, C. proc. civ., lorsqu'une vente a lieu sur saisie et que la femme ne s'est pas inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication, ou lorsqu'à la suite d'une aliénation volontaire, l'acquéreur a notifié son contrat conformément à l'art. 2194, C. civ., sans que la femme se soit inscrite dans le délai de deux mois. Dans ces deux hypothèses, la femme a encore un droit de préférence; mais elle ne peut agir contre l'acquéreur; celui-ci n'a pas à s'occuper d'elle; il paie valablement sans son concours. Dans le cas de la renonciation prévue par la loi nouvelle, la situation est différente. Le droit de la femme est analogue à celui d'un créancier hypothécaire inscrit; il est reporté sur le prix par suite de la purge; mais il est toujours opposable à l'acquéreur; il ne pourra y avoir de paiement valable sans le consentement de la femme; le § 4, tranchant ainsi une question auparavant discutée [1], le dit formellement. C'est au surplus une solution raisonnable : la femme après sa renonciation est dans la même situation que celle qui s'est fait connaître dans les délais de l'art. 2194. Il n'y a pas là, quoi qu'on ait dit [2], atteinte aux droits du mari d'aliéner les biens communs et d'en toucher le prix. Ces droits restent entiers : ils doivent seulement se combiner avec le respect de l'hypothèque légale de la femme dont autrement le mari pourrait disposer.

18. Le droit de la femme sur le prix dû par l'acquéreur n'est pas soumis quant à sa durée, sa conservation, ni quant à son extinction à des conditions spéciales.

D'abord, il peut durer aussi longtemps que celui d'un créancier hypothécaire inscrit, alors qu'après la purge il est reporté sur le prix, c'est-à-dire trente ans. Il ne nous paraît pas encore qu'il y ait à s'élever contre cette solution [3]. On ne pouvait guère songer à édicter une règle analogue à celle de l'art. 772, C. proc.

[1] V. *supra*, n° 7.

[2] M. Escorbiac, *op. cit.*

[3] V. cep. M. Escorbiac, *op. cit.*

Digitized by Google

civ., d'après lequel la femme ne peut faire valoir ses droits que jusqu'à la clôture de l'ordre. Cet article vise le cas où la femme, régulièrement sommée par l'acquéreur, n'a pas pris inscription; ce silence équivaut à une abdication complète; ce n'est que par faveur qu'après ces deux mois on lui permet de venir à l'ordre. Ici, la femme a concouru à l'aliénation; la portée de son concours a été nettement limitée; il n'équivaut qu'à l'acceptation du prix; elle conserve sa créance et son droit de préférence sans qu'il y ait de surprise possible pour personne.

19. C'est en se plaçant au même point de vue qu'il faut admettre que ce droit se conserve sans mesure spéciale de publicité. Des doutes pourraient cependant être formulés. Il y a des cas dans lesquels l'hypothèque, réduite à un simple droit de préférence, doit néanmoins, pour valoir comme telle, avoir été rendue publique. Le privilège du copartageant peut, d'après certains auteurs, valoir comme droit de préférence après le quarante-cinquième jour de la vente de l'immeuble et jusqu'au soixantième jour; mais ces auteurs s'accordent à exiger en pareil cas qu'il soit inscrit. Ne peut-on pas dire d'une façon générale que le droit d'hypothèque est toujours soumis à la nécessité d'une inscription, qu'il s'agisse de le faire valoir comme droit de suite ou comme droit de préférence? Sans vouloir aborder la question ainsi posée [1], nous croyons que dans le cas spécial de la renonciation au profit d'un tiers acquéreur, la femme garde un droit de préférence qui n'est pas soumis à la nécessité d'une inscrip-

[1] Un arrêt de la Cour de Dijon du 17 nov. 1876 (S. 77. 2. 261) admet que le droit de préférence auquel peut se trouver réduite l'hypothèque légale de la femme est susceptible d'inscription. — Dans une intéressante dissertation (S. 89. 1. 17 sous Cass., 6 juin 1887), M. Chavegrin soutient, au contraire, que l'hypothèque légale de la femme n'a pasà être inscrite quand elle n'existe plus qu'à l'état de droit de préférence. D'une façon générale, d'après lui, « l'inscription ne s'applique qu'à l'hypothèque définie par l'art. 2114, c'est-à-dire au droit réel grevant les immeubles pour garantir l'acquittement d'une obligation, et les suivant dans quelque mains qu'ils passent; le droit, ainsi caractérisé, se prête seul à une inscription valable. Rigoureusement, si le droit de suite n'existe plus, et si le créancier, au lieu d'un droit réel sur l'immeuble, n'a plus qu'un droit de préférence à réclamer sur le prix, on n'est plus en présence d'une hypothèque dans l'acception que le législateur donne à ce terme; or, pas d'hypothèque, pas d'inscription. »

Digitized by Google

tion, même si on suppose le mariage dissous. Il est à remarquer d'abord qu'il en est ainsi de tout droit d'un créancier hypothécaire inscrit, lorsque, après la purge, ce droit est reporté sur le prix : ce créancier n'est pas astreint à le porter et le maintenir à la connaissance des créanciers hypothécaires de l'acquéreur qui ne peuvent avoir de droits sur l'immeuble qu'après le paiement du prix régulièrement opéré. On peut ajouter que le texte de la loi ne subordonne le droit de préférence gardé par la femme à aucune condition de publicité, et que cependant l'attention du Sénat a été spécialement appelée sur ce point au cours des débats [1]. Enfin on comprend aisément cette dispense d'inscription; car les ayant-cause de l'acquéreur peuvent facilement se rendre compte du maintien du droit de la femme sur le prix en consultant l'acte de vente et en voyant qu'elle a concouru à l'aliénation, mais non au paiement du prix [2].

20. L'extinction de ce droit de la femme sur le prix n'est soumise non plus à aucune règle particulière. La femme peut y renoncer sans l'emploi d'aucune formalité; son concours au paiement du prix fait au mari équivaut à l'abandon complet et définitif de son droit, sans authenticité ni publicité nécessaires. La loi nous paraît conduire très clairement à cette solution [3]; c'est au surplus ce qu'on admettait avant elle, même dans l'opinion de ceux qui exigeaient pour la renonciation au profit de l'acquéreur la publicité la plus rigoureuse. Il faut avouer, d'ailleurs, qu'à un point de vue purement rationnel, il n'y a pas harmonie parfaite entre l'exigence des conditions minutieuses que le législateur a établies pour l'efficacité de la renonciation au droit de suite, et l'absence complète de garanties quand il s'agit de renoncer au droit de préférence sur le prix, qui est en somme cependant le plus précieux et le plus intéressant pour le créancier.

21. Si la femme a concouru au paiement d'une fraction du prix fait au mari, son concours équivaut à une renonciation partielle à son droit. La créance de reprises qu'elle peut avoir contre son mari n'est en rien diminuée; seulement elle n'est plus ga-

[1] V. discours de M. Boulanger au Sénat, 6 février 1888.

[2] V. en ce sens M. Didier, *op. cit.* — *Contra*, M. Escorbiac, *op. cit.*

[3] V. en ce sens, M. Didier, *op. cit.* — *Contra*, M. Escorbiac, *op. cit.*

Digitized by Google

rantie, à concurrence de la somme payée par l'acquéreur, par le droit de préférence que la femme avait encore sur le prix de l'immeuble aliéné. Elle pourra s'exercer hypothécairement sur d'autres immeubles pour cette somme; il y a, quant à celui qui a été vendu, une mainlevée partielle. C'est à cette solution incontestable que les derniers mots du § 4 font allusion : « sans préjudice des droits des autres créanciers hypothécaires [1]. »

22. Le droit sur le prix conservé par la femme après sa renonciation au profit du tiers acquéreur peut faire l'objet de cessions ou subrogations. Quelle est la nature de pareilles conventions? A quelles formalités sont-elles soumises? Ce sont là des questions embarrassantes. Suivant nous, ce ne sont pas des subrogations à l'hypothèque légale dans le sens de l'art. 9 de la loi de 1855, mais plutôt des cessions uniquement soumises aux règles ordinaires des art. 1689 et s., C. civ.; il ne sera, par suite, pas nécessaire d'employer pour elles la forme authentique, et leur rang sera déterminé, non par des inscriptions ou des mentions au bureau des hypothèques, mais d'après les prescriptions de l'article 1690 [2]. S'il est vrai, comme nous l'avons exposé, que le droit conservé par la femme n'est soumis à aucune publicité, il faut dire qu'il reste tel entre les mains des cessionnaires. On peut reproduire ici les motifs précis donnés par la Cour de Riom dans l'hypothèse d'une cession consentie par la femme alors qu'elle n'avait plus qu'un droit de préférence par suite de la transcription d'un jugement d'adjudication sur saisie, non précédée d'une inscription de sa part : « L'inscription de l'hypothèque légale de la femme ne serait qu'une vaine formalité, et son cessionnaire, n'ayant pas de droit plus étendu que celui de sa cédante ne peut, par la mention de sa subrogation en marge de l'inscription de ladite hypothèque, acquérir un droit de préférence vis-à-vis les tiers [3]. » En d'autres termes, la renonciation de la femme

[1] *Sic*, M. Didier, *op. cit.*

[2] V. en ce sens M. Didier, *loc. cit.*

[3] Riom, 3 juill. 1884, sous Cass. 6 juin 1887, S. 89. 1. 17. — V. cep. Dijon, 17 nov. 1876, précité. — L'arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1887 ne tranche pas nettement la question; il pourrait même être interprété plutôt dans un sens contraire à celui du principe affirmé par l'arrêt

Digitized by Google

a arrêté le cours des inscriptions des subrogés. C'est aussi ce que développe très bien M. Chavegrin en note de cet arrêt. « Au droit de suite que la femme avait sur le bien s'est substituée une créance contre l'adjudicataire. Cette créance, nous en convenons, est garantie par une faculté de résolution qui, à défaut de paiement, permettra d'enlever la chose à celui qui la détient; mais, hors le cas d'inexécution, ce tiers détenteur a sur elle une propriété défiant toute atteinte du bénéficiaire de l'hypothèque. Il résulte de là que nulle inscription efficace ne saurait se produire; on inscrit exclusivement l'hypothèque définie dans l'art. 2114, C. civ., le droit réel établi sur l'immeuble et le suivant en quelques mains qu'il passe. Or, ce droit a cessé d'être; il a cédé la place à une obligation de l'adjudicataire envers le créancier hypothécaire; on ne peut donc plus parler d'inscription.... L'hypothèque légale, réduite au droit de préférence, ne comporte aucune inscription utile prise par la femme. Comment ses ayant-cause l'inscriraient-ils? Comment ceux qu'elle subroge feraient-ils ce qui ne lui est pas possible? Sans doute, c'est dans leur intérêt propre, non dans le sien qu'ils requièrent l'inscription; mais l'hypothèque qu'ils veulent révéler au public est celle de la femme. Ils doivent donc suivre les règles qui régissent l'hypothèque de la femme, et ne peuvent la porter efficacement à la connaissance des tiers lorsqu'il est trop tard pour que la subrogeante elle-même accomplisse la formalité. »

Ce qui, dans notre hypothèse, peut encore confirmer cette théorie, c'est que l'attention du Sénat a été attirée sur cette question, et qu'il résulte du texte adopté qu'on n'a entendu appliquer les règles de l'art. 9 de la loi de 1855 que dans le seul cas prévu par le § 5 de la loi nouvelle. Ce cas, que nous allons avoir à étudier, nous paraît d'ailleurs purement chimérique, et la loi de 1889 contient, suivant nous, à la fin de son texte, une erreur qu'il nous semble facile de démontrer (V. *infra*, n° 25).

23. Le § 5 de la loi du 13 février 1889 a eu pour but de régler la difficile question des renonciations subrogatives au profit

d'appel, étant donnés les motifs très spéciaux du rejet du pourvoi, tirés de ce que la cession avait eu lieu après l'expiration du délai de l'art. 754, C. proc. civ. et la collocation de la femme sur le prix.

Digitized by Google

de l'acquéreur. Jusqu'ici, les auteurs admettaient, nous l'avons vu, que la renonciation de la femme pouvait équivaloir à une subrogation lorsque l'acquéreur, payant son prix malgré la présence de créanciers hypothécaires inscrits, avait intérêt à se ménager contre eux, s'ils venaient à l'inquiéter, la protection de l'hypothèque légale de la femme. Elle pouvait avoir ce caractère soit dans le cas où, au moment de l'aliénation, l'acquéreur payait comptant, soit dans celui où la femme, n'ayant pas concouru à l'aliénation, intervenait plus tard à la quittance. Elle était assimilée, quant à ses conditions et ses effets, aux cessions et subrogations ordinaires prévues par l'art. 9 de la loi de 1855. L'hypothèse ne paraît pas, d'ailleurs, avoir été discutée d'une renonciation de la femme à son hypothèque légale non accompagnée d'un paiement immédiat, mais suivie du concours de la femme au paiement ultérieur du prix opéré par l'acquéreur aux mains du mari malgré la présence d'autres créanciers inscrits. Dans ce cas particulier où la subrogation tacite au profit de l'acquéreur ne peut porter que sur le seul droit de préférence conservé par la femme, aurait-on appliqué les règles ordinaires d'authenticité et de publicité? C'est un point qui nous paraît douteux; nous pensons que la négative aurait dû prévaloir (V. *Supra*, nº 19 et 22).

Avec la loi nouvelle, les renonciations subrogatives au profit de l'acquéreur changent un peu de physionomie; elles ne sont plus soumises aux mêmes règles. Le § 5 de la loi, adopté à la suite d'un amendement de M. Lacombe, décide qu'il y aura subrogation de l'acquéreur à l'hypothèque légale par le seul fait que la femme aura concouru à la quittance, soit que le paiement ait lieu en même temps que l'aliénation, soit qu'il ait lieu plus tard.

La loi n'envisage dans son texte que la femme qui a déjà renoncé régulièrement, au moment de l'aliénation ou par acte séparé, à son hypothèque légale, et qui, en outre, concourt à la quittance [1]. C'est ce concours à la quittance qui entraîne su-

[1] C'est bien certainement là l'hypothèse prévue par le § 5 de la loi nouvelle. Autrement, il faudrait dire qu'il permet la renonciation subrogative sans aucune autre formalité que le concours à la quittance, ce qui serait en contradiction évidente avec les trois premiers paragraphes de la loi. — V. dans le même sens, M. Didier, *op. cit*, M. Escorbiac, *op. cit.*

Digitized by Google

brogation. Mais il est à remarquer qu'au moment du paiement auquel elle assiste et consent, la femme n'a qu'un simple droit de préférence sur ce prix. C'est à ce droit de préférence que l'acquéreur est subrogé pour le cas où les créanciers postérieurs l'obligeraient à payer le prix une seconde fois. Cette subrogation qui peut être consentie soit dans le même acte que la renonciation, soit dans un acte postérieur, n'est pas, à notre avis, de la nature de celles prévues par la loi de 1855, qui vise les cessions de l'hypothèque légale non restreinte à un droit de préférence. Elle ne rentre pas non plus dans les termes de l'art. 1251-2°[1]; car le paiement n'est pas fait à la femme créancière hypothécaire, mais au mari; la créance des reprises de la femme, quoi qu'on ait pu dire dans la discussion au Sénat, n'est en rien diminuée; la garantie hypothécaire seule est atteinte. Il s'agit donc ici d'une subrogation au droit que la femme a conservé sur le prix de l'immeuble, qu'elle pourrait céder à un tiers quelconque aussi bien qu'à l'acquéreur, et qui aura pour ce dernier une grande utilité s'il vient à être inquiété par des créanciers postérieurs.

24. Cette cession à l'acquéreur du droit de préférence conservé par la femme, n'est pas plus soumise par la loi à des conditions de forme que celle qu'elle en aurait faite à une autre personne[2] (V. *Supra*, n° 22).

25. Il faut dire aussi qu'elle n'est assujettie à aucune condition de publicité, pas plus à celles prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855 qu'à celles de l'art. 1690, C. civ. Il ne peut être question d'abord de l'accomplissement des formalités de ce dernier article, puisque les qualités de débiteur et d'acquéreur du droit cédé se confondent ici dans la même personne. Nous ajoutons que l'acquéreur n'a pas à prendre d'inscription[3]. L'art. 9 de la loi de 1855, ne nous paraît désormais applicable que s'il

[1] V. cep. M. Escorbiac, *op. cit.*

[2] M. Didier considère qu'elle est soumise à la règle de l'authenticité de l'art. 9, mais qu'il suffit que l'acte d'aliénation soit authentique, par ce que c'est la renonciation qui y est contenue qui produit la subrogation. Ce point de vue ne nous paraît pas exact.

[3] *Contra*, M. Didier, *op. cit.*

Digitized by Google

s'agit, non d'une renonciation subrogative, mais d'une subrogation pure et simple, sans caractère extinctif. Si on suppose même que la femme n'ait pas renoncé avant le jour du paiement, et qu'elle intervienne à la quittance en déclarant renoncer à son hypothèque ou en se portant garante ou caution de la vente, il suffira, selon nous, que cette quittance soit authentique et mentionnée en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, pour valoir à la fois, sans autre formalité, comme renonciation et comme subrogation.

Cependant le § 5 de la loi, *in fine*, paraît contraire à cette théorie et devoir soumettre l'acquéreur, dans l'hypothèse d'une renonciation subrogative, à la nécessité d'observer l'art. 9 de la loi de 1855. Nous n'hésitons pas à dire que c'est un texte inapplicable, étant donnés les termes de la rédaction qui a été votée et les motifs qui ont été fournis. Il y a eu, sur ce point, une inadvertance du législateur qu'il est aisé de faire ressortir. « Cette subrogation, dit la loi, ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cesssionnaires de l'hypothèque légale de la femme *sur d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1 du présent article. » La seule lecture de ce texte démontre l'impossibilité de son application. Il s'agit de savoir si l'acquéreur, payant son prix en présence de la femme, subrogé par suite au droit de cette dernière à l'encontre des créanciers postérieurs, a besoin de rendre cette subrogation publique. Il ne peut évidemment être question de la rendre publique que pour l'en investir à l'encontre de cessionnaires postérieurs du même droit de la femme, c'est-à-dire du droit par elle conservé sur l'*immeuble vendu;* l'acquéreur ne peut être tacitement subrogé au droit de la femme sur d'*autres immeubles*. Cependant la loi, laissant de côté l'hypothèse de cessions ultérieures du droit de la femme sur le prix de l'immeuble acquis, se préoccupe seulement de celle où des cessions seraient faites, plus tard, de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles. C'est bien prévoir une difficulté chimérique. Il ne peut y avoir de conflit entre l'acquéreur bénéficiant d'une renonciation subrogative qui n'a d'effet qu'en tant que l'hypothèque grève l'*immeuble par lui acquis*, et les cessionnaires de cette hypothè-

Digitized by Google

que sur d'*autres immeubles*. Par suite, il ne peut être question d'une publicité quelconque, destinée à saisir cet acquéreur du droit à lui cédé à l'égard de personnes qui n'auront pas de droit sur le même objet. Il faut décider que la loi exigeant une mesure de publicité pour une hypothèse qui ne peut se présenter, et ne prévoyant pas celle qui est possible, il ne pourra jamais être besoin pour l'acquéreur de prendre inscription.

Le texte final de la loi a été, il nous semble, le résultat d'une confusion. Il avait été question d'abord, de viser les renonciations subrogatives au profit de l'acquéreur pour exiger leur publicité à l'égard des cessionnaires que la femme pourrait plus tard investir de ses droits *sur l'immeuble aliéné*. Mais le rapporteur au Sénat, M. Merlin, laissa de côté ce point de vue pour en indiquer un autre qui n'a aucune portée. Cette confusion apparaît avec évidence si on compare l'article additionnel proposé par M. Lacombe, que la commission a eu à l'origine l'intention d'adopter, et le texte aussi bien que les motifs qui ont été finalement admis par elle. L'article additionnel proposé par M. Lacombe était ainsi conçu : « Le concours de la femme et son consentement au paiement total ou partiel du prix emporte, au profit de l'acquéreur et à due concurrence, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs, subrogation à l'hypothèque légale, mais *seulement sur l'immeuble vendu*, et à charge par lui de se conformer aux prescriptions du § 1 du présent article. » Le texte adopté et promulgué dit : « Cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme *sur d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé, etc. » Si on remarque qu'on a été d'accord dans la commission et au Sénat pour faire droit à la proposition Lacombe, il est clair qu'on a dit en définitive le contraire de ce qu'on voulait dire.

On pourrait être tenté, en partant de cette idée, de corriger l'inexactitude de la loi, et d'exiger la publicité ordinaire de l'art. 9 de la loi de 1855 pour que l'acquéreur, bénéficiaire d'une renonciation subrogative tacite résultant du concours de la femme au paiement, fût saisi à l'égard des cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale de cette dernière sur l'immeuble aliéné.

Digitized by Google

Mais il est impossible d'y songer. L'erreur n'est pas seulement dans la rédaction, elle existe aussi dans le rapport supplémentaire fait au Sénat, elle est la suite, la conséquence des motifs qui y sont exposés par M. Merlin : « La subrogation dans ce cas, dit-il, peut s'accomplir de plein droit et sans aucune formalité de publicité, le contrat intervenu entre la femme et l'acquéreur ne modifiant pas la situation des créanciers inscrits. Il est un cas, cependant, où la condition de publicité exigée par le premier § de l'art. 9 devra être imposée à l'acquéreur ; *c'est celui où l'hypothèque légale de la femme grève d'autres immeubles du mari que l'immeuble vendu* avec le concours de la femme. La femme alors reste libre de traiter avec les tiers de cette hypothèque à laquelle elle n'a pas renoncé; elle peut la céder ou y subroger; mais on comprend que la créance que l'hypothèque générale était destinée à garantir se trouve réduite de la somme représentant le prix ou la portion du prix de l'immeuble vendu au paiement duquel elle a consenti, et que, dès lors, elle ne peut, sans tromper le tiers avec lequel elle traitera, lui céder qu'une garantie correspondante à ce qui lui reste effectivement dû sur sa créance. Mais comment le tiers sera-t-il averti de la situation si ce n'est par l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par le § 1 de l'art. 9 ? » Il y a, dans cet exposé de motifs, une double erreur facile à signaler qui a abouti à l'inexactitude de texte que nous avons relevée. C'est en premier lieu à tort que l'on y dit que les reprises de la femme seront diminuées par le paiement fait au mari de son consentement : ce paiement qui est consenti au débiteur, en présence du créancier, peut diminuer les sûretés de ce dernier; il ne diminue pas sa créance [1]. Si le rapporteur s'est proposé de prévenir les tiers d'une diminution des reprises de la femme, il est clair qu'il a eu en vue un danger imaginaire. Sans doute (et c'est peut-être ce à quoi on a voulu faire allusion) la créance de reprises à laquelle la femme voudra subroger sur d'autres immeubles sera éventuellement exposée à être diminuée par l'effet de la renonciation subrogative consentie à l'acquéreur, si celui-ci se trouve avoir déjà exercé les droits de la femme lorsque plus tard les autres cessionnaires voudront s'en

[1] V. cep. Didier, *op. cit.*

Digitized by Google

prévaloir à leur tour. Mais c'est là une pure éventualité qui peut aussi bien se retourner contre l'acquéreur, et qui n'a pas été considérée jusqu'ici comme susceptible d'être publiée. La même situation se retrouve, sous la loi de 1855, chaque fois que deux personnes sont respectivement subrogées à l'hypothèque légale sur deux immeubles différents. La cession faite à l'une d'elles est de nature à diminuer la créance de reprises au préjudice de l'autre. Ce danger menace les cessionnaires antérieurs comme les cessionnaires postérieurs du moment qu'il s'agit d'immeubles différents et qu'il n'y a pas de publicité d'un immeuble à un autre. D'une façon générale, c'est une erreur de croire que l'art. 9 § 1 a pu avoir pour but de rendre publics les événements de nature à diminuer les reprises de la femme. Cet article a en vue de déterminer le rang respectif des cessionnaires successifs de l'hypothèque légale sur un même immeuble, non de leur permettre d'évaluer le chiffre de la créance de reprises. Tous les jours des faits peuvent s'accomplir, paiement, emploi, collocation dans un ordre ou une distribution, etc., qui diminuent la créance de la femme, et qui n'ont pas plus à être portés à la connaissance des tiers que les faits nombreux qui peuvent à chaque instant accroître cette créance. La même situation se présente ici celui qui n'est cessionnaire que sur certains immeubles est exposé à ce que les reprises soient exercées par un autre cessionnaire subrogé sur d'autres immeubles. On ne peut d'ailleurs remédier à ce danger. Voulût-on appliquer littéralement la loi qu'on se heurterait à un obstacle décisif, l'absence de sanction. Il ne peut y avoir de conflit entre l'acquéreur et les cessionnaires de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles : par suite, ces derniers ne pourraient se prévaloir vis-à-vis le premier, pour l'évincer, de l'inobservation des règles de publicité prescrites par la loi.

Notre conclusion est donc que la renonciation subrogative résultant au profit de l'acquéreur du concours de la femme au paiement du prix n'a pas à être inscrite lorsque déjà la transcription de l'acte d'aliénation a rendu publique l'extinction de l'hypothèque légale. Le principe posé par la loi nouvelle est que la renonciation au profit de l'acquéreur vaut purge; la loi ajoute que la femme conserve un droit sur le prix; c'est à ce droit de

Digitized by Google

préférence que l'acquéreur est subrogé ; l'art. 9 de la loi de 1855 ne s'applique pas à la cession de ce droit de préférence [1]. D'un autre côté le texte de la loi nouvelle n'a pas trait à notre hypothèse et ne peut non plus recevoir d'application dans celle qu'il prévoit.

Au surplus cette conclusion n'offre pas de bien grands dangers. Les tiers auxquels, après sa renonciation et son concours au paiement du prix de l'immeuble aliéné, la femme voudrait céder son hypothèque légale, pourront s'assurer facilement de la sincérité de ses allégations : si la femme a concouru au paiement, ils sauront ou bien que son hypothèque est éteinte, ou bien que le bénéfice en a été cédé à l'acquéreur. La loi qui n'a pas exigé que le paiement pur et simple, aussi dangereux pour eux que le paiement subrogatif, fût porté à leur connaissance, n'a rien compromis en aboutissant à un résultat analogue dans cette dernière hypothèse. Comme on l'a dit avec raison, « avec quelque prudence, les tiers peuvent éviter le piège ; s'ils y tombent, ils portent la peine de leur légèreté [2]. »

ALBERT TISSIER.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL

Par MM. LYON-CAEN et RENAULT, professeurs à la Faculté de droit de Paris.
Compte-rendu par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

MM. Lyon-Caen et Renault ont entrepris la publication d'un *Traité de droit commercial* qui sera comme l'épanouissement du *Précis* dont nous avons déjà rendu compte ici-même et qui était déjà à lui seul un véritable traité. Il n'est guère possible, à l'examen du premier volume, le seul qui ait été donné au public, de se rendre compte des dimensions définitives de l'ouvrage. Vraisemblablement, elles seront considérables. Les études de droit commercial, lorsqu'elles sont aussi approfondies et consciencieuses, lorsqu'on ne veut omettre aucun des points de vue divers qui s'offrent à l'esprit, embrassent aujourd'hui un champ presque aussi étendu que le droit civil lui-même, et on peut dire que rien

[1] Cpr. M. Chavegrin, *loc. cit.*
[2] M. Chavegrin, *loc. cit.*

Digitized by Google

ou presque rien, dans les sciences juridiques, ne leur est étranger. En lisant avec attention ce premier volume, notamment la partie qui traite des actes de commerce et des commerçants, on constatera même qu'il existe aujourd'hui une tendance à reculer les limites du droit commercial aux dépens du droit civil. Les uns voudraient commercialiser l'agriculture; les autres voudraient organiser pour la déconfiture un régime analogue à la faillite, en supposant que la faillite, aujourd'hui atténuée sous l'euphémisme de liquidation judiciaire, ne puisse pas s'appliquer à tous, commerçants et non commerçants. On veut se soustraire au droit civil, à ses lenteurs et à ses formalités surannées, et se soumettre au droit commercial dont l'application rapide et peu coûteuse convient mieux au génie de notre époque.

Le premier volume du *Traité* appelle d'abord quelques observations au sujet du plan que MM. Lyon-Caen et Renault ont modifié, en en reculant les limites, jusqu'à faire une invasion bien excusable du reste dans le domaine du droit civil.

Le plan du *Précis* était à peu près celui du Code de commerce. Après la théorie de actes de commerce, dont l'habitude fait la qualité de commerçant, venaient successivement les contrats commerciaux, le commerce maritime, les faillites et banqueroutes et enfin la juridiction commerciale et les organes propres au commerce. Un appendice était consacré à la propriété industrielle.

Dans le *Traité*, les matières ne sont plus disposées dans le même ordre. Après une étude détaillée sur l'histoire de la formation du droit commercial, les auteurs considèrent les actes dits de commerce et les qualités constitutives de la qualité de commerçant. Mais les sociétés, au lieu d'être annexées aux personnes commerçantes, comme dans le *Précis*, où elles faisaient l'objet du chapitre III de la première partie, sont détachées et traitées à part, avant les contrats commerciaux et après les institutions propres au commerce.

Ce changement dans l'ordre des matières ne peut qu'être approuvé. Le lien qui unit la théorie des sociétés à celles des personnes commerçantes est un lien très faible. D'une part, les sociétés dérivent de contrats et, à ce titre, elles se rattachent plutôt à la théorie des contrats commerciaux. D'autre part, elles

Digitized by Google

ne sont pas toutes des personnes morales, et quand elles sont des personnes morales, ces personnes ne sont pas nécessairement commerçantes. Il était rationnel d'en faire l'objet d'une partie spéciale.

La deuxième partie comprend les juridictions commerciales, leur compétence et leur procédure, et de plus les organes officiels des intérêts commerciaux. Dans le *Précis*, cette matière se présentait en dernier lieu comme dans le Code de commerce. MM. Lyon-Caen et Renault l'ont déplacée avec raison. Les règles sur les actes de commerce et la qualité de commerçant ont surtout de l'intérêt si on les rapproche de la théorie de la compétence des juridictions consulaires. C'est ainsi que le Code de commerce énumère les actes commerciaux à propos des tribunaux de commerce. De plus, il semble naturel que dans une exposition magistrale de l'ensemble du droit commercial, on débute par une description géographique, pour ainsi dire, du monde du commerce et de l'industrie. La deuxième partie s'est enrichie d'un chapitre nouveau qui ne se trouvait pas dans le *Précis*. Le *Précis* ne parlait que des tribunaux de commerce (ch. Ier), des conseils de prud'hommes (ch. II), et enfin des chambres de commerce. Dans le *Traité*, un chapitre IV est venu s'ajouter aux autres et ce n'est pas le moins utile; ce chapitre est consacré à l'organisation consulaire et aux attributions des consuls, au point de vue du commerce. On estime en effet aujourd'hui à tort ou à raison que les consuls sont appelés à jouer un rôle de plus en plus grand, comme agents de renseignements commerciaux à l'étranger. Ce n'est que par eux que l'on pourrait obtenir l'expansion de nos industries, dans ces contrées lointaines qui seront longtemps encore tributaires des industries de l'Europe et dont les nations civilisées se disputent si vivement les débouchés.

Peut-être y aurait-il eu lieu d'ajouter à cette seconde partie une courte étude sur les syndicats professionnels, particulièrement sur les syndicats de patrons. N'y a-t-il pas là encore une institution qui, pour n'être pas absolument particulière au commerce, constitue néanmoins de plus en plus un important facteur du monde commercial?

Les troisième, quatrième et cinquième parties du plan ne pro-

Digitized by Google

voquent pas d'observations nouvelles. Les sociétés commerciales, pour les raisons indiquées plus haut, forment dans le *Traité* une partie spéciale. Viendront ensuite les contrats commerciaux et le commerce maritime. La sixième partie est complétement nouvelle. Les auteurs se proposent d'y traiter des assurances non maritimes, et particulièrement des assurances contre l'incendie et sur la vie. On contestera peut-être l'introduction de ces matières dans un traité de droit commercial. Il semble qu'il y ait une tendance parmi les jurisconsultes contemporains à tenir l'assurance sur la vie, plutôt pour une opération de droit civil que pour une opération de droit commercial. Sans doute, les compagnies d'assurances sont le plus souvent commerciales. Mais on est généralement enclin à envisager leurs contrats plutôt au point de vue de l'assuré qu'au point de vue de l'assureur. Les controverses légendaires que l'assurance a fait naître, pendant le dernier quart de siècle, soulevaient surtout des problèmes de droit civil : succession, communauté, etc. En matière d'assurances contre l'incendie, il en était de même. Le droit civil était surtout intéressé dans les contestations entre propriétaires et locataires et dans les conflits entre les divers créanciers de l'assuré à propos de l'indemnité d'assurance. Sans doute, un traité de droit commercial ne peut qu'effleurer les difficultés auxquelles nous venons de faire allusion. Mais comment tracer ici la ligne de démarcation entre le domaine du droit civil et celui du droit commercial ? Ces objections se dresseront par devant beaucoup de lecteurs qui s'étonneront peut-être, à juste titre, de rencontrer ici un volume de droit civil. Il y a cependant deux raisons que les auteurs indiquent en passant et sans y insister, qui justifieraient l'existence de cette sixième partie. D'abord, la matière des assurances n'est prévue et réglée que par le Code de commerce et au point de vue du commerce maritime. C'est donc au Code de commerce que l'on doit emprunter les principes de la matière, en l'absence de législation spéciale et la jurisprudence ne s'en est pas fait faute. (Voir notamment les arrêts rendus sur l'extension à l'assurance sur la vie de l'art. 348 du Code de commerce en matière de réticence). N'est-il pas naturel qu'après avoir commenté les seules règles écrites que nous possédions en

Digitized by Google

matière d'assurances, on les suive dans leurs applications variées à tous les objets que ce contrat peut embrasser? — En second lieu, cette difficulté de classification s'est également présentée devant les législateurs étrangers, et ils l'ont tranchée en rattachant les assurances au droit commercial. C'est ainsi que le Code hongrois de 1875 réglemente les assurances terrestres et les assurances sur la vie (art. 453-514). Il en est de même du Code italien de 1882 (art. 417-452). Ce sont là des précédents, des exemples qu'il est très excusable de suivre. On peut dire enfin qu'il ne s'agit dans un traité de droit commercial que de fixer les conditions de formation d'un contrat qui est en somme régi par des principes commerciaux. Quant à la créance d'indemnité qui en résulte, elle est un bien ordinaire dont la destinée est régie par le Code civil.

Les faillites et banqueroutes forment la 8e partie. La 9e est la reproduction de l'appendice du *Précis* qui était consacré à la propriété industrielle. Mais ici encore les auteurs ont agrandi leur domaine d'études, en rattachant la propriété artistique et littéraire à la propriété industrielle. Cette nouvelle extension est peut-être moins aisée à légitimer que la précédente. Ce ne sont pas en effet les textes du Code de commerce qui s'appliquent à la propriété littéraire et artistique. Impossible d'autre part d'invoquer l'autorité des législations étrangères qui n'ont généralement pas confondu la propriété littéraire et artistique avec la propriété industrielle. Ces deux propriétés n'ont que deux points communs : leur origine, qui est une conception de l'esprit et qui leur a fait donner par M. Beaussire le nom de propriété intellectuelle, et leur mode de fonctionnement qui dans les deux cas consiste dans un droit exclusif de reproduction et d'exploitation. Au point de vue de leur objet, les deux propriétés intellectuelles sont essentiellement dissemblables : on peut dire que la propriété littéraire et artistique porte plutôt sur la forme que sur le fond, puisque les idées exprimées par l'article et l'écrivain restent dans le patrimoine moral de l'humanité, tandis que la propriété industrielle, selon une observation de M. Lyon-Caen lui-même (*Revue de l'enseignement supérieur*, 1889, p. 328), porte plutôt sur le procédé qui l'a fait naître. Quiconque invente le même

Digitized by Google

procédé est un contrefacteur sans le vouloir et sans le savoir. Il n'y a aucune confusion possible entre les deux variétés de la propriété intellectuelle. Or on conçoit que la propriété industrielle soit comprise dans un traité de droit commercial, car la distinction du droit industriel et du droit commercial est faite plutôt par les économistes que par les jurisconsultes. Mais, quant à la propriété artistique et littéraire, elle n'a que fort peu de points de contact avec le commerce. Elle ne touche au commerce que par le contrat de cession des droits d'auteur qui est commercial du côté de l'éditeur, et cela ne suffit pas pour en faire une matière commerciale. Peut-être nos auteurs ont-ils été influencés par une considération pratique qui a bien sa gravité : « Les limites de la propriété industrielle et de la propriété artistique ne sont pas nettement fixées par nos lois; c'est ainsi que souvent il y a doute sur le point de savoir si un dessin est un dessin artistique ou un dessin industriel. »

Nous avons peut-être trop longuement insisté sur le plan annoncé de ce grand ouvrage. Ce ne sont pas les lacunes qu'on lui reprochera. On le taxera plutôt d'abondance encyclopédique. Mais, comme nous le disions déjà au sujet du *Précis*, le reproche de richesse excessive n'en est pas un : il est plutôt un éloge. Les praticiens, moins préoccupés des questions de méthode et de classification, sauront gré à MM. Lyon-Caen et Renault de les renseigner aussi complétement sur toutes les matières qui de près ou de loin touchent au commerce. Du reste, les classifications du droit privé ont toujours été un peu indécises. Les diverses parties de cette science sont en contact incessant les unes avec les autres, et les empiétements n'ont rien qui puisse surprendre.

Nous avons maintenant à signaler les points les plus saillants traités dans le premier volume. Nous le ferons brièvement, pour ne pas éterniser ce compte-rendu.

Le premier volume s'applique à trois objets. Une introduction historique et philosophique, d'abord; en second lieu, les actes de commerce et les commerçants; enfin les institutions judiciaires et administratives propres au commerce.

La première partie attirera particulièrement l'attention du monde savant. Nous ne pouvons évidemment résumer ici un

Digitized by Google

exposé historique aussi plein de notions précises, amassées soigneusement par MM. Lyon-Caen et Renault et passées ensuite au creuset d'une attentive critique. Rien n'est omis de ce qui a été dit ou écrit sur le sujet. On remarquera que nos auteurs, en fixant la place du droit commercial, dans l'ensemble du droit privé, ne semblent pas admettre l'existence du droit industriel, comme droit spécial (p. 8 et 76). En tant qu'il a pour but de fixer la police générale de l'industrie, le droit industriel serait une branche du droit administratif. En tant qu'il règle la formation et la disposition de biens qui sont l'objet du commerce, il serait une branche du droit commercial. Nous adhérons fermement à cette manière de voir. Il peut y avoir une législation industrielle; il n'y a pas de droit industriel. Il n'est pas bon du reste de classifier à l'infini le droit privé et un esprit d'ensemble doit présider à l'interprétation de toutes les règles qui intéressent l'industrie et le commerce. — Dans la partie historique, se trouve un tableau très complet de l'état du commerce en France, depuis l'ordonnance de 1673 jusqu'à la Révolution. Ainsi que M. Glasson, devant l'Académie des sciences morales et politiques, nos auteurs réclament pour la France l'honneur d'avoir la première codifié ses lois commerciales. Vient ensuite une étude en 8 pages des corporations, jurandes et maîtrises, où l'on trouve tous les renseignements essentiels sur cet important sujet. Peut-être eût-il été utile en ce point d'indiquer au moins par une note les attaques qui, depuis la Révolution, ont été dirigées contre l'art. 14 de l'édit de 1776, reproduit plus tard dans la loi de 1791. Cette disposition qui proscrivait toute association et toute assemblée d'ouvriers ou de patrons du même état paraît n'avoir donné lieu à aucune remarque, lors de la publication de l'édit et de son enregistrement. On estimait alors que la loi ne protégeait jamais avec assez d'efficacité la liberté des consommateurs contre les coalitions des producteurs ou intermédiaires et l'on rappelait la phrase d'Adam Smith, citée par M. Léon Say, dans son histoire de Turgot (158): « Il est rare que des gens du même métier se trouvent réunis, fût-ce pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire, sans que la conversation finisse par quelque conspiration contre le public ou par quelque machination pour faire

Digitized by Google

hausser les prix. » Les adversaires des jurandes et maîtrises ne visaient pas la liberté d'association : ils l'atteignirent néanmoins et de ce jour est né un nouveau problème économique. Comment concilier la liberté du travail et du commerce avec la liberté d'association et de corporation? Il nous semble que les auteurs auraient pu suivre l'histoire du commerce et de l'industrie jusqu'à nos jours et dire quelques mots de la loi sur les syndicats professionnels qui, sans rétablir les anciennes corporations fermées, consacre la liberté d'association au profit des ouvriers et patrons du même état. On ne peut dire encore ce qui sortira de cette loi. Parfois, d'une loi de liberté sortent des atteintes à la liberté. Quoi qu'il en soit, les syndicats professionnels paraissaient mériter une place dans l'histoire du commerce français et peut-être aussi dans les institutions destinées à servir d'organes au commerce et à l'industrie.

Avec les actes de commerce et les commerçants, nous entrons dans le droit positif. Comme la nature du sujet l'exige, il est traité d'abord des actes commerciaux absolus par leur essence et abstraction faite de leurs auteurs, et des actes commerciaux relatifs qui empruntent leur nature à la qualité de ceux qui les font. Nous citerons dans cet ordre d'idées une discussion courte et claire sur la nature des opérations d'achat et de revente des immeubles. En quelques lignes, sont présentées avec précision toutes les raisons tendant à faire admettre la non commercialité de ces actes, raisons historiques puisées dans le discours préliminaire de Portalis, sur le Code civil, et d'autant plus décisives que ce discours était prononcé au lendemain des grandes spéculations sur les biens nationaux, raisons de texte puisées dans les art. 482 et 639 du Code de commerce. Outre leur opinion comme interprètes des lois existantes, les auteurs nous disent leur sentiment, comme appréciateurs de ces lois. « La nature immobilière d'un bien, disent-ils (p. 97), ne s'oppose pas à ce qu'il soit l'objet d'une spéculation commerciale et le législateur aurait pu comprendre les immeubles, dans l'art. 632, Co... Nous voyons du reste les juges consulaires, appelés à connaître des difficultés relatives à des aliénations immobilières ou à des constitutions de droits réels immobiliers... Pourquoi enfin les créanciers de celui qui spécule sur des immeubles n'auraient-ils pas contre lui l'arme de la déclara-

Digitized by Google

tion de faillite? Nous apercevons ici cette tendance signalée plus haut qui ferait absorber par le droit commercial tous les actes auxquels préside une pensée de spéculation. Nous nous y associons pleinement. Les complications surannées du droit civil ne cadrent plus avec la rapidité de la vie moderne, et si l'on ne peut donner un peu plus d'élasticité au droit civil, il faut du moins chercher à restreindre son application.

A propos de l'agriculture, la même discussion surgit. MM. Lyon-Caen et Renault posent le principe de la non commercialité de l'agriculture. Mais au lieu de le justifier, ils s'attachent au contraire à présenter avec force les objections qui peuvent l'ébranler, sinon le détruire. « L'agriculture est une manufacture de produits agricoles; la terre n'est qu'une vaste machine dont l'homme se sert pour la production des denrées. Dès lors, pourquoi distinguer l'emploi de cette machine de celui de toute autre machine? Est-ce qu'aujourd'hui les procédés agricoles ne se rapprochent pas de plus en plus des procédés industriels? La culture de la terre exige les mêmes capitaux qu'une manufacture quelconque? Pourquoi assigner un caractère différent à des opérations si analogues? Après le principe et sa critique, viennent les applications et aucune n'est oubliée, depuis les applications classiques jusqu'aux curiosités de la jurisprudence contemporaine. (Champignoniste, extractions de glace, entreprises de canaux de navigation). On serait porté à croire que la plupart de ces exemples n'ont été cités que que pour mieux faire ressortir l'exagération du principe. MM. Lyon-Caen et Renault (n° 125) paraissent admettre que, dans une certaine mesure, l'agriculture devrait être soumise aux lois commerciales. Jusqu'ici, cette idée hardie et qui a contre elle la tradition, n'a pas eu beaucoup de succès. (Voir cependant la loi du 19 février 1889, sur le privilège du bailleur des fonds ruraux). Mais ne peut-on pas dire que l'avenir lui appartient?

A propos des commerçants et de la capacité nécessaire pour faire le commerce, les auteurs indiquent l'impossibilité où est le tuteur de faire le commerce pour son pupille. Ils touchaient ainsi à une difficulté, dont la pratique s'est souvent préoccupée et que plusieurs législations étrangères ont sagement résolue. Peut-être fût-il été bon, en l'état actuel de notre droit, de faire connaître

Digitized by Google

aux praticiens les moyens qui pourraient être employés pour tourner cette impossibilité. Il importe, dans beaucoup de cas, d'éviter une liquidation immédiate qui, si elle n'a pas lieu dans de mauvaises conditions, a du moins l'inconvénient d'écarter l'enfant d'une carrière, où il pouvait arriver à la fortune en profitant des efforts de ses parents pour créer un établissement commercial ou industriel. Nous nous rallions du reste pleinement aux diverses solutions du *Traité*, notamment au sujet de l'arrêt de Paris du 7 décembre 1887. Il nous paraît difficile d'admettre le mineur à la place de son père, dans la société en nom collectif dont celui-ci faisait partie, quoi qu'en dise l'art. 1868, considéré comme décisif par la Cour de cassation. Le mineur ne peut être commerçant en dehors des conditions légales, et, s'il était substitué à son père, il deviendrait commerçant, contrairement au droit commun que l'art. 1868 n'abroge pas. Le bénéfice d'inventaire ne le couvrirait pas contre les obligations sociales, ces obligations n'étant pas héréditaires. Quant à limiter sa responsabité à sa part, ce serait chose impossible. On dénaturerait ainsi la société, contrairement aux prévisions du contrat, en y introduisant l'élément de la commandite.

Il faut nous borner. La fin du volume soulève moins de questions que le commencement. Il y est traité des institutions judiicaires et administratives du monde commercial, parmi lesquelles nous regrettons de n'avoir pas vu figurer les syndicats professionnels.

Le livre de MM. Lyon-Caen et Renault aura sa place dans les bibliothèques des savants et des praticiens. Il sera de plus le guide le plus sûr et le mieux renseigné pour quiconque voudra toucher à notre droit commercial. Montaigne dit quelque part que les livres sont souvent plus en bordures, en préface qu'en matières. C'est un reproche que nul ne songera à faire au livre de MM. Lyon-Caen et Renault. CH. TESTOUD.

CODE THÉORIQUE ET PRATIQUE DES ARCHITECTES [1],

Par M. Alphonse BOMPAIX, avocat à la Cour d'appel, docteur en droit, avec une préface de M. Achille HERMANT, architecte de la ville de Paris, Censeur de la Société centrale des architectes.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Les articles du Code civil placés au titre du louage, section III,

[1] Paris 1888, 1 vol. in-8°.

Digitized by Google

Des devis et marchés (art. 1787 et suiv.) et, en particulier, l'art. 1792, relatif à la responsabilité qui pèse pendant dix ans sur l'architecte et l'entrepreneur, à raison de la perte totale ou partielle de l'édifice construit à prix fait, survenue soit par le vice de la construction, soit même par le vice du sol, sont-ils applicables à l'architecte actuel, à l'artiste?

Bien que la grande majorité de la doctrine se prononce en faveur de l'affirmative, ce n'est pas à dire que cette thèse ait réuni l'unanimité des suffrages. L'opinion contraire, exposée et défendue, dès 1856, par M. Derouet, dans la *Revue pratique* (t. II, p. 433 et suiv., et p. 554 et suiv.), a été, depuis, reprise par M. Hermant, l'auteur même de la préface du livre que nous présentons aux lecteurs de la *Revue critique*, et enfin adoptée par le Société centrale des architectes, dans son *Manuel des lois du bâtiment*. M. Bonpaix n'hésite pas, quant à lui, à partager ce dernier sentiment, et, dans la première partie de son ouvrage, intitulée *Principes fondamentaux*, il soutient que les articles en question visent uniquement l'architecte-entrepreneur, l'entrepreneur général, tel qu'il existait encore à l'époque de l'apparition du Code civil, en 1804. Est-ce donc à dire que le Code n'a pas prévu la situation de l'architecte-artiste? Si; mais il ne s'est préoccupé de lui, que dans un article spécial, l'art. 2270, le seul texte dont il doive lui être fait application.

Pour n'être pas nouvelle, on le voit, la théorie dont M. Bonpaix se déclare partisan, et vers l'admission de laquelle la jurisprudence, prétend-il, semble incliner, a été fort heureusement rajeunie par lui; elle a reçu, dans son livre, plus de développement et est présentée d'une manière plus systématique que par le passé.

Quelle est, maintenant, la nature exacte du contrat qui intervient entre l'architecte et le propriétaire? Telle est la seconde question essentielle qui est abordée, discutée et tranchée dans la fin de la première partie. Ceux qui admettent que l'art. 1792 régit l'architecte actuel comme l'entrepreneur, enseignent que nous nous trouvons en présence d'un louage d'ouvrage, puisque les art. 1792 et suivants sont placés au titre du louage. Tout au contraire, une controverse des plus vives divise ceux qui refusent d'appliquer ces articles à l'architecte. Pour les uns, le contrat

Digitized by Google

existant entre l'architecte et le propriétaire est encore un louage d'ouvrage, et l'architecte est un locateur; — d'autres y voient un mandat; et estiment que l'architecte est un mandataire salarié; — d'autres, enfin, distinguent et décident que l'architecte est tantôt un locateur d'ouvrage, tantôt un mandataire salarié. Si la question ne présente pas d'intérêt en ce qui concerne la responsabilité et les honoraires, ce n'est pas à dire qu'elle en soit dénuée à d'autres égards. C'est ainsi, notamment, que, si l'architecte est un mandataire salarié, il pourra poursuivre solidairement tous ceux qui lui auront commandé du travail, conformément à l'art. 2002 du Code civil; — est-il locateur d'ouvrage? il n'aura plus le droit d'intenter l'action contre chacun, que pour sa part. — D'un autre côté, si l'architecte est un mandataire, la mort du propriétaire, son interdiction, sa déconfiture et sa faillite mettront de plein droit fin à son mandat, aux termes de l'art. 2003, tandis que ces diverses causes de dissolution ne se retrouvent pas dans le louage d'ouvrage. — Enfin, l'art. 2001 donnerait à l'architecte mandataire droit à l'intérêt des avances par lui faites, à dater du jour de leur constatation, au lieu que, s'il n'est plus considéré que comme simple locateur, cette faveur lui échappe.

Pour M. Bonpaix, l'architecte est un mandataire salarié. Ce point posé et justifié, il étudie les effets du contrat de mandat qui le lie au propriétaire, les causes et les effets de son extinction. C'est ainsi qu'il nous entretient successivement des obligations de l'architecte relatives à l'exécution de son mandat (théories de la responsabilité, des devis dépassés et de la reddition de compte), — des droits de l'architecte ou des obligations du propriétaire (théorie des honoraires), — et des différentes causes de dissolution du contrat intervenu entre les intéressés.

Enfin, une cinquième partie, composée de cinq chapitres, contient des appendices qui ont trait à la propriété artistique des œuvres architecturales; — à la responsabilité de l'architecte vis-à-vis d'autres personnes que son client; — aux missions diverses qui peuvent être confiées à un architecte; — à la vente de la clientèle d'un cabinet d'architecte; — à la patente des architectes.

Tel est l'ensemble de cette monographie, dont la précision, la clarté, l'abondance des discussions dont elle est pourvue, et qui sont,

Digitized by Google

en général, bien conduites, le caractère éminemment pratique, constituent, à nos yeux, les premiers mérites. Elle est digne d'attirer l'attention, et sera consultée avec fruit[1]. P. LOUIS-LUCAS.

CODE DE COMMERCE DU ROYAUME DE ROUMANIE, DU 13 SEPTEMBRE 1887, TRADUIT D'APRES LE TEXTE OFFICIEL,

Par M. J. BLUMENTHAL, avocat à la Cour d'appel de Paris[2].

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Dès longtemps déjà, le Code de commerce dont la Roumanie avait été dotée en 1840, ne répondait plus aux besoins économiques du pays et n'était plus en rapport avec les progrès réalisés depuis lors, dans toutes les branches de l'activité sociale. Aussi, dès 1883, le gouvernement roumain, entrant résolument dans la voie des réformes, en avait-il entrepris la révision, en prenant pour base de ses projets le nouveau Code de commerce du royaume d'Italie.

Promulgué le 16 avril 1887, c'est quatre mois et demi plus tard, le 1er septembre, que le nouveau Code est entré en vigueur. Il se compose de quatre livres relatifs : *au commerce en général; au commerce maritime et à la navigation; à la faillite; à l'exercice des actions commerciales et à leur durée,*—et il ne comprend pas moins de 960 articles.

Le lecteur ne saurait attendre de nous, à cette place, une étude approfondie sur un document législatif dont l'étendue et l'importance exigeraient des développements hors de proportion avec le cadre restreint dont nous disposons. Nous nous bornerons, quant à présent, à lui annoncer l'excellente traduction dont il vient d'être l'objet de la part de M. Blumenthal. En en faisant passer les dispositions dans notre langue [3], avec une clarté et une netteté dignes d'éloges, le traducteur a rendu un service d'autant plus signalé à la science du droit, qu'à notre époque, les travaux de législation comparée attirent à eux, non sans raison, des adeptes de jour en jour plus nombreux, et que les lois commerciales touchent à des intérêts multiples et considérables qui ré-

[1] Il faut savoir gré à l'auteur d'avoir placé, en tête de son travail, une table générale des matières, suivie de la bibliographie du sujet, et de l'avoir terminé par une table alphabétique et analytique.

[2] 1 vol. pet. in-8, 1889.

[3] La traduction du texte est précédée de celle du *Rapport du Ministre de la Justice à S. M. le Roi, pour la sanction et la promulgation du Code de commerce* et de celle du *décret de promulgation.*

Digitized by Google

clament à de fréquentes reprises l'attention et la sollicitude des Chambres. A l'attrait de rapprochements curieux et purement spéculatifs, vient donc, en cette matière, se joindre l'impérieux besoin d'une comparaison qu'un examen attentif peut rendre féconde en résultats utiles. Tout dernièrement encore, la loi du 4 mars 1889 n'est-elle pas venue apporter à la législation des faillites de profondes modifications, et le législateur n'est-il pas incessamment saisi des problèmes commerciaux les plus graves et les plus délicats? — A l'heure présente même, la réforme depuis si longtemps attendue de la loi sur les sociétés n'est-elle pas toujours (et depuis bien des années) à l'ordre du jour? — Le Code de commerce de Roumanie, dont M. Blumenthal a fait en quelque sorte son œuvre personnelle, a chez nous, ou l'avait, le don de l'opportunité; il nous apporte un nouveau et précieux contingent de renseignements dont nous pourrons tirer profit. A ce titre, le savant avocat à la Cour de Paris mérite les remerciements de tous les amis d'un progrès sage et réfléchi; ils ne lui manqueront pas et l'accueil empressé du public en sera, nous n'en voulons pas douter, la forme la plus sympathiquement accusée.

P. LOUIS-LUCAS.

DE L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS D'APRÈS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE,

Par MM. Ch. Lachau et Chr. Daguin.

Compte rendu par M. L. Guérin, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Les progrès réalisés par la science, la transformation profonde qui s'est effectuée depuis un siècle dans l'ordre économique, ont eu notamment pour effet de développer les relations juridiques entre les habitants de différents pays. Grâce aux facilités de communication, le nombre des contrats, et par suite des actions qui en sont la sanction, a considérablement augmenté entre parties de nationalités différentes. Aussi les questions de droit international privé ont-elles pris depuis quelque temps surtout, une importance capitale. Et parmi ces questions, l'une des plus importantes est certainement celle de la force exécutoire qu'entraînent dans un pays des jugements rendus par un tribunal de nationalité différente.

C'est elle qui fait le sujet du nouvel ouvrage que MM. Lachau et Daguin viennent de publier sur l'exécution des jugements étrangers

Digitized by Google

d'après la jurisprudence française. Nul n'était mieux préparé pour entreprendre ce travail. La Faculté de droit de Paris a récemment couronné un remarquable travail de M. Daguin sur l'autorité et l'exécution des jugements étrangers. M. Lachau est un des membres de l'association pour la réforme et la codification du droit des gens, aux travaux de laquelle il a pris une part active. Aussi la nouvelle œuvre d'érudition juridique qu'ils viennent de publier épuise-t-elle actuellement la partie du sujet à laquelle ils se sont attachés.

Exposer l'état de la jurisprudence française sur l'exécution des jugements étrangers et comme appendice aux importants ouvrages de doctrine publiés sur cette question, mettre entre les mains de l'homme d'affaire, du magistrat, du jurisconsulte, raisonnée, classée méthodiquement dans un ordre scientifique, la collection si riche des importantes décisions rendues par les tribunaux français, les relier entre elles par des notices, les éclairer et les compléter par des notes : tel a été le but poursuivi et atteint par les auteurs, malgré les difficultés de l'entreprise. En effet, bien que la jurisprudence paraisse malheureusement fixée dans le sens de la révision intégrale, ce principe n'en comporte pas moins une foule de nuances dans son application; tant sont nombreuses les espèces délicates qui se présentent quotidiennement devant les tribunaux.

Le livre s'ouvre par une introduction dans laquelle est retracé l'état de la question de l'exécution des jugements étrangers, ainsi que les divers systèmes entre lesquels les jurisconsultes français se sont partagés. Il est divisé en deux parties : l'une, consacrée à la jurisprudence relative aux jugements rendus par les nations avec lesquelles nous ne somme liés par aucune convention particulière; l'autre à celle relative aux jugements émanants de nations avec lesquelles des traités ont été conclus.

La première partie se divise en huit chapitres. Le premier est consacré à l'exposition des systèmes généraux suivis par la jurisprudence : nous y trouvons les décisions basées sur l'ordonnance de 1629, pour la plupart antérieures au Code civil, ou datant des premières années qui l'ont suivi; l'arrêt unique décidant qu'aucun tribunal français ne peut être compétent en matière d'exequatur; les rares décisions relatives au système de la non révision

Digitized by Google

quant au fond, et enfin les arrêts et jugements consacrant le système de la révision intégrale. — Le chapitre II traite des principes généraux suivis par la jurisprudence en matière d'exequatur : la nature des jugements étrangers qui doivent être soumis à l'exequatur, l'étendue de la compétence du tribunal français, la valeur des déclarations ou enquêtes contenues dans le jugement étranger, l'autorité du jugement français qui a admis ou repoussé une demande d'exequatur, etc., y sont examinées tour à tour dans des sections spéciales. — Le chapitre III contient la jurisprudence relative aux conditions générales que doivent nécessairement remplir les jugements étrangers pour pouvoir être rendus exécutoires en France. — Le chapitre IV est consacré tout entier aux jugements étrangers soumis à des règles spéciales en matière d'exequatur, notamment à ceux rendus sur des questions d'état et de capacité ou en matière de faillite. — La détermination du tribunal français compétent et la procédure d'exequatur forment l'objet des chapitres V et VI; l'application des lois fiscales aux jugements étrangers et aux jugements français rendus en matière d'exequatur, celui des chapitres VII. — Enfin le chapitre VIII s'occupe spécialement de l'exequatur donné aux jugements émanant de consuls français, des tribunaux tunisiens et des juridictions mixtes.

La deuxième partie, après un chapitre contenant l'exposé des principes généraux, se divise en cinq autres chapitres, consacrés chacun à l'un des traités spéciaux conclus en cette matière : traité franco-badois, traité franco-italien, traité franco-autrichien, traité franco-suisse et traité franco-russe.

Nous ne doutons pas que cet utile ouvrage n'ait sa place marquée dans toutes les bibliothèques de droit. Il est appelé à rendre les plus grands services à toute personne appelée à s'occuper de cette question, en évitant des recherches souvent longues et infructueuses. Ajoutons que deux tables des arrêts rapportés, l'une chronologique, l'autre par noms de parties, permettent d'y retrouver facilement toute indication désirée. L. GUERIN.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

(Année judiciaire 1888-1889).

Par M. Brémond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

CULTES.

I. — Le gouvernement a-t-il le droit, par mesure disciplinaire, de suspendre le traitement des ministres des cultes salariés par l'État?

La question a été résolue à deux reprises différentes par le Conseil d'État qui a statué la première fois en assemblée générale administrative et la deuxième fois en assemblée générale du contentieux; les deux solutions sont identiques et consacrent les prétentions de l'administration, mais il y a dans la rédaction des motifs une différence intéressante à constater. C'est dans un avis du 26 avril 1883 [1] que, sur la demande du ministre des cultes et délibérant en la forme administrative, le Conseil d'État avait affirmé, pour la première fois, le droit pour le gouvernement de suspendre ou de supprimer les traitements ecclésiastiques par mesure disciplinaire; il appuyait sa décision sur trois arguments : 1° la tradition ancienne et ininterrompue; 2° l'art. 16 du Concordat; 3° l'approbation donnée par le Parlement aux suspensions de traitement toutes les fois que la question avait été soulevée dans les Chambres. L'assemblée générale du contentieux, saisie à son tour de la question, n'a retenu dans son arrêt du 1er février 1889 [2] que le premier argument; elle a, par son silence, écarté les deux autres.

Nous ne pouvons que l'approuver sur ce dernier point. L'art. 16 du Concordat ne s'occupe en effet que d'assurer au premier Consul la situation dont jouissait à Rome auprès du Saint-Siège l'ancien gouvernement; le texte est très précis : « Sa Sainteté reconnaît dans le premier Consul de la République

[1] Dall. 89. 3. 17, notes 4 et 5.

[2] Dall. *cod.*

Digitized by Google

française les mêmes droits et prérogatives dont jouissait auprès d'elle (*apud sanctam sedem,* dit le texte latin) l'ancien gouvernement. » Ce texte ne règle évidemment que des rapports de gouvernement à gouvernement; il ne peut s'appliquer à l'autorité disciplinaire du gouvernement français sur les membres du clergé résidant en France. Quant aux ordres du jour dans lesquels le parlement aurait approuvé les décisions ministérielles, ils ne peuvent avoir aucune influence sur la solution de la question; ces votes sont des actes politiques qui n'ont pas la puissance de modifier ni de changer la loi.

Reste le premier argument. Il consiste à dire que le gouvernement a actuellement le droit de suspendre les traitements ecclésiastiques parce que ce droit lui a toujours été reconnu. Sous l'ancien régime, en effet, on a toujours admis que le pouvoir civil pouvait, par mesure disciplinaire contre le titulaire d'un bénéfice ecclésiastique, pratiquer des saisies sur le temporel de ce bénefice; or, le temporel est aujourd'hui remplacé par un traitement, on procédera donc par voie de saisie ou plutôt de retenue du traitement; mais c'est le même droit qui doit pouvoir être exercé par l'autorité civile et qui en fait a été exercé par tous les gouvernements qui se sont succédé depuis le Concordat.

Il nous paraît tout d'abord fort téméraire d'affirmer que dans l'ancien régime l'autorité civile avait le droit général et illimité de pratiquer par mesure disciplinaire des saisies sur le temporel des bénéfices; que ce droit lui appartînt dans certains cas spéciaux, c'est incontestable, il y a des textes formels, par exemple l'art. 5 de l'ordonnance d'Orléans (janv. 1560) et l'art. 14 de l'ordonnance de Blois (mai 1579) qui permettent la saisie du temporel contre les ministres du culte non résidents; mais ni dans les ordonnances, ni dans les décrets des conciles on ne cite aucune disposition qui fasse de la saisie du temporel une mesure générale se trouvant dans tous les cas à la disposition du pouvoir civil. Ce fait a été formellement reconnu par M. Gauwain, commissaire du gouvernement dans l'affaire, dont les conclusions d'ailleurs sont en sens contraire de la décision qui a prévalu. M. Gauwain disait[1] : « En résumé toutes les citations que nous

[1] Dall. 89. 3. 21.

Digitized by Google

venons de faire, loin de fortifier la thèse soutenue par l'administration des cultes, nous semblent l'affaiblir au contraire. Car si les rédacteurs de l'ordonnance d'Orléans (c'était l'Hospital qui était alors chancelier de France), ont cru nécessaire de désigner limitativement les cas dans lesquels il pourrait être procédé à la saisie du temporel, c'est qu'ils n'admettaient pas le pouvoir disciplinaire sur l'existence duquel vous êtes appelés à vous prononcer. » Quelques auteurs, il est vrai, semblent admettre l'usage général de la saisie du temporel, d'Héricourt entre autres[1], mais ce n'est pas à l'autorité administrative qu'il donne le droit de décréter la saisie, c'est au parlement; ce n'est plus alors une mesure disciplinaire prise en la forme administrative, c'est un véritable jugement rendu régulièrement après l'application de toutes les règles de la procédure judiciaire. L'étude des précédents historiques est donc loin de confirmer les prétentions de l'administration des cultes.

Mais en admettant même que la faculté revendiquée par cette administration eût existé autrefois, cela ne suffirait pas pour en conclure qu'elle doit exister encore de nos jours. Les rapports entre l'autorité laïque et l'autorité religieuse sont aujourd'hui bien différents de ce qu'ils furent sous les anciens rois; la religion catholique était alors la religion de l'État; son culte, sa discipline, son organisation toute entière faisaient partie de la constitution même de l'État; le roi exerçait son autorité dans les matières d'ordre purement spirituel; à vrai dire, il n'y avait pas de distinction bien nette entre le domaine religieux et le domaine civil, et s'il n'est pas absolument exact de dire que les deux domaines fussent entièrement confondus, au moins est-il incontestable qu'ils étaient mêlés sur un grand nombre de points. Ce qui caractérise bien cette situation, c'est la qualification d'*évêque du dehors* qu'on a donnée quelquefois à nos anciens rois, qualification qu'on rencontre même dans les textes (édit de François Ier 1516), et qui montre bien que le pouvoir royal se rattachait par un lien très étroit à l'autorité religieuse, non pas sans doute au point de perdre son individualité propre pour ne devenir qu'un des échelons de la hiérarchie ecclésiastique, mais tout en con-

[1] Cité par Dall. 89. 3. 17, notes 4 et 5.

Digitized by Google

servant son indépendance, le chef du pouvoir civil n'est pas considéré par l'Église comme un étranger ou comme un intrus; elle lui assigne dans son organisation un rang spécial et lui donne une situation comportant tout à la fois des droits et des devoirs. Tout cela est bien changé. Depuis la loi du 12 juillet 1790 les deux pouvoirs ont été complétement séparés; sans doute l'État s'est réservé un droit de surveillance sur les ministres du culte; mais ce n'est pas une attribution spéciale qu'il exerce alors, c'est son droit général de police qui n'a pas en principe vis-à-vis des ministres d'un culte plus d'étendue que vis-à-vis des autres habitants ou tout au moins des autres fonctionnaires; et ce droit de police ou de surveillance, ou quelque autre nom qu'on lui donne, ne confère aucunement à l'administration la faculté générale d'imposer des peines pécuniaires sous quelque forme que ce soit, même sous forme de retenue de traitement. Nous pouvons donc conclure que si, sous l'ancienne monarchie, les rois pouvaient pratiquer des saisies sur le temporel ecclésiastique, ce pouvoir s'expliquait par les rapports spéciaux qui existaient alors entre l'autorité royale et l'autorité religieuse, et que ces rapports ayant été supprimés, ce pouvoir a disparu et n'a pas pu passer aux gouvernements postérieurs.

Il y a mieux : l'examen de la législation positive démontre que le droit de suspendre les traitements n'a jamais été considéré par le législateur moderne comme appartenant de plein droit et d'une manière générale au gouvernement ni vis-à-vis des fonctionnaires en général ni vis-à-vis des ministres du culte; et toutes les fois que la loi a voulu donner à l'administration cette arme spéciale de la retenue du traitement, elle a pris le soin de le dire expressément et en précisant les cas dans lesquels elle lui permettait de s'en servir. La règle commune aux divers fonctionnaires se trouve dans l'art. 3 de la loi du 9 juin 1853 et dans l'art. 17 du décret du 9 novembre de la même année; mais il y a pour les ministres du culte une disposition spéciale dans l'art. 8 de la loi de finances du 28 avril 1833. D'après cette loi, la retenue du traitement ne peut être opérée que vis-à-vis des ecclésiastiques n'exerçant pas dans la commune qui leur a été désignée. Il faut cependant à la loi de 1833 ajouter le décret du 6 novembre

Digitized by Google

1813 qui permet aussi d'exercer une sorte de retenue du traitement à l'encontre des curés et desservants « qui se trouveraient éloignés du service soit par suspension, par peine canonique ; soit par maladie, soit par voie de police. » Ces derniers mots font allusion au droit que le décret du 17 novembre 1811 donne au gouvernement d'éloigner de leur paroisse par voie administrative les curés ou desservants dont la conduite serait mauvaise; le décret ne donne d'ailleurs aucune définition de la mauvaise conduite; il laisse donc une grande latitude au gouvernement; mais la retenue du traitement ne peut être opérée que s'il y a déplacement de l'ecclésiastique censuré, et encore faut-il qu'on lui ait nommé un remplaçant, car les décrets de 1811 et de 1813 considèrent la retenue du traitement moins comme une peine infligée au curé qui se conduit mal, que comme un moyen d'assurer une indemnité à son remplaçant. Nous avons donc le droit de conclure que les prétentions de l'administration des cultes sont condamnées par le législateur lui-même.

Et nous ne pensons pas qu'il faille au point de vue qui nous occupe faire une distinction entre les curés et les desservants, et sur ce point spécial nous adoptons entièrement l'opinion que le Conseil d'État a émise dans son avis du 26 avril 1883. On avait essayé de fonder la distinction sur cette considération que les évêques et les curés ont droit à un traitement qui est une dette obligatoire de l'État en vertu de l'art. 14 du Concordat et des art. 64 et suiv. de la loi du 18 germinal an X, tandis que les desservants n'ont aucune créance contre l'État qui n'est vis-à-vis d'eux obligé à rien, la dépense occasionnée par leur traitement étant purement facultative. Cette différence de situation est nettement indiquée par les rubriques même des chapitres de la loi de finances laquelle sépare nettement les *traitements* dus aux curés des *allocations* dont on gratifie les desservants; elle entraîne la conséquence suivante : c'est que les allocations des desservants étant purement facultatives, l'administration peut les supprimer à son gré; les traitements des curés au contraire ne peuvent pas être retenus. Ce raisonnement a un point de départ exact, mais la conclusion est fausse. De ce que l'État n'a pris vis-à-vis de personne aucun engagement relativement à l'indemnité des des-

Digitized by Google

servants, il résulte sans doute que le chiffre de cette indemnité peut être modifié, supprimé même, mais notons bien que cela ne peut être fait que par le parlement. Or nous examinons une toute autre question : il s'agit de savoir si le budget étant voté avec un crédit pour indemnité aux desservants, le ministre peut par voie administrative supprimer le traitement de quelques-uns de ces desservants. Nous répondons que la situation des desservants est alors identiquement la même que celle des curés; la loi de finances en ouvrant un crédit pour les uns comme pour les autres, leur donne à tous un droit égal dont ils ne peuvent user bien entendu qu'en se conformant aux règlements, mais qui ne dépend de l'arbitraire d'aucun agent, quelque élevé qu'il soit dans la hiérarchie.

II. — Quelle est l'étendue du droit de régale et à quelle autorité appartient-il de statuer sur les difficultés que soulève l'exercice de ce droit? La question s'est présentée devant la Cour de Limoges dans les circonstances suivantes : l'évêché de Limoges étant devenu vacant, le gouvernement nomma un administrateur de la mense épiscopale et lui donna l'ordre de vendre divers immeubles appartenant à la mense; mais le nouvel évêque fut nommé avant la réalisation de la vente et voulut l'empêcher, il assigna l'administrateur de la mense devant le juge des référés pour faire ordonner qu'il serait sursis à la vente et il obtint gain de cause. C'est l'appel formé contre cette décision qui a saisi la Cour de Limoges.

La demande de l'évêque soulevait deux questions : 1° Le droit de régale dont est investi le gouvernement pendant la vacance du siège, confère-t-il la faculté de vendre les immeubles? — 2° Quel est le tribunal compétent pour trancher la difficulté? La Cour n'a eu à se prononcer que sur ce dernier point, puisqu'elle s'est reconnue incompétente; mais M. le procureur général Beaudouin dans ses conclusions avait effleuré la première question, et il avait conclu en faveur des prétentions de l'administration.

Il raisonnait de la manière suivante : l'Etat est pendant la vacance aux droits et à la place de l'évêque; il a donc les mêmes prérogatives; il peut par conséquent aux mêmes conditions acquérir ou aliéner pour la mense. L'examen des textes confirme cette idée. Le décret du 6 novembre 1813 se sert en effet, pour

Digitized by Google

définir les pouvoirs de l'administrateur de la mense, du terme même qu'il emploie pour fixer ceux de l'évêque. Art. 29. « Les archevêques et évêques auront *l'administration* de leur mense... » — Art. 34. « Au décès de chaque archevêque et évêque il sera nommé par notre ministre des cultes un commissaire pour l'*administration* de la mense... » Et il est naturel de conclure que le même mot doit comporter les mêmes conséquences.

C'est attacher, ce nous semble, beaucoup d'importance à la répétition du mot *administration* dans les art. 29 et 34 que d'en tirer cette conclusion. Observons d'ailleurs que l'administrateur de la mense ne pourra jamais se trouver pour une aliénation dans les mêmes conditions que l'évêque. En admettant que celui-ci puisse aliéner, il ne le pourra, en tout cas, qu'avec l'autorisation du gouvernement, de telle sorte que l'aliénation n'est alors possible qu'avec le concours des deux autorités intéressées : l'autorité religieuse représentée par l'évêque et l'autorité laïque par le gouvernement. Quand l'aliénation est l'œuvre du commissaire administrateur de la mense, on exigera certainement aussi l'autorisation du gouvernement et en apparence la situation juridique sera la même dans les deux cas, puisqu'on verra dans chacun le représentant de la mense agissant avec l'autorisation du gouvernement; mais l'identité n'existera que dans la forme; au fond l'administrateur de la mense n'est qu'un délégué du pouvoir civil, et en réalité, dans notre hypothèse, l'aliénation, si on l'autorise, sera réalisée sans que les représentants de l'autorité religieuse aient été appelés à donner leur consentement; l'aliénation ne sera donc l'œuvre que d'une seule des parties intéressées.

Ajoutons que le gouvernement n'étant qu'un bénéficiaire provisoire et intérimaire de la mense, la faculté d'aliénation qu'on lui reconnaît est tout à fait exorbitante. L'origine du droit de régale est fort ancienne, mais de tout temps il a été fort difficile de justifier son existence. Quel titre en effet l'autorité civile peut-elle bien invoquer, pendant la vacance d'un bénéfice, pour mettre la main sur les revenus de ce bénéfice et les détourner de leur destination légitime et régulière? On pouvait au moins sous l'ancien régime dire que la régale constituait une sorte de compensation aux charges qu'imposait aux rois leur qualité de gardien

Digitized by Google

et de défenseur de l'Église; mais ce point de vue, qui déjà n'était pas admis par tout le monde, doit être aujourd'hui entièrement mis de côté, et on ne trouve absolument aucun motif qui puisse de nos jours expliquer au point de vue rationnel l'existence d'un pareil droit. Dire avec le procureur général près la Cour de Limoges et avec la Cour elle-même que le fondement vrai de la régale est « la souveraineté résidant dans la nation et transmise par celle-ci au chef de l'État, » c'est ne rien expliquer du tout; car il reste à démontrer comment et pourquoi la souveraineté nationale produit des effets plus étendus sur les biens des menses épiscopales que sur le patrimoine des autres établissements publics et corporations. Si le droit de prendre les revenus d'une fonction pendant la vacance de cette fonction était un attribut normal de la souveraineté, ce droit devrait exister non seulement vis-à-vis de l'Église catholique, mais encore vis-à-vis de toutes les sociétés organisées, qu'elles fussent laïques ou religieuses.

La difficulté qu'on rencontre à expliquer l'existence d'un droit n'est pas cependant une cause suffisante pour nier cette existence. Dans notre matière, nous avons d'ailleurs un texte formel, l'art. 33 du décret du 6 novembre 1813, qui déclare que « la régale doit être exercée ainsi qu'elle l'a été de tout temps par les souverains nos prédécesseurs. » Il n'y a donc qu'à s'incliner; mais au moins faut-il ne pas donner à ce droit injustifiable plus d'étendue que ne lui en donne le texte qui l'établit. Qu'était donc la régale autrefois, puisque c'est là la mesure de ce qu'elle doit être aujourd'hui? Nos anciens auteurs sont tous d'accord, et M. le procureur général Beaudouin l'a reconnu lui-même [1], pour en donner la définition suivante : « La régale est un droit en vertu duquel le roi *jouit* tant des *fruits* temporels des évêchés qui viennent à vaquer que de la collation des bénéfices autres que ceux à charge d'âmes que l'évêque aurait eu le droit de conférer. » C'est donc un droit sur les fruits seulement, c'est le *jus fruendi* qui appartient à l'État et non le *jus abutendi*. Usufruitier intérimaire de la mense, le gouvernement n'a donc pas le droit d'en aliéner les biens.

[1] Dall. 89. 2. 59, 2e colonne.

Digitized by Google

Venons maintenant à la question de compétence. La Cour de Limoges s'est déclarée incompétente pour deux motifs (arrêt du 13 août 1888) [1].

1° La régale est un droit inhérent à la puissance publique, n'ayant aucun caractère civil et dépendant uniquement du droit public et administratif, la juridiction judiciaire n'a donc pas qualité pour en contrôler ou en régler l'exercice. — Nous ne pouvons admettre cette argumentation; elle conduirait à cette conséquence que presque toutes les questions intéressant les établissements publics doivent être retirées aux tribunaux judiciaires. Or il y a une jurisprudence bien établie en sens contraire. Il est admis, par exemple, que les difficultés qui s'élèvent entre les communes et les fabriques au sujet de leurs droits respectifs sur les églises sont résolues par l'autorité judiciaire; nous pouvons même signaler sur ce point un arrêt récent de la Cour de cassation [2] très affirmatif et qui ne fait que confirmer les arrêts précédents. N'est-ce pas là, cependant, une situation qui dépend essentiellement du droit public et administratif? Les rapports entre l'État et la mense épiscopale relativement au droit de régale nous paraissent être absolument de même nature que ceux qui existent entre la fabrique et la commune au sujet des églises; ce sont des rapports qui, pour leur création, appartiennent au droit public, mais qui, pour leur réglementation, sont des dépendances du droit privé, et puisque la compétence judiciaire n'est pas contestée pour les uns, il n'y a aucune raison de refuser de l'appliquer aux autres. Ajoutons que, quel que soit son principe, le droit de régale n'est après tout qu'une sorte d'usufruit conditionnel qui fait partie du domaine privé de l'État. Nous trouvons aussi dans ce domaine des droits de propriété, par exemple la propriété des objets vacants et sans maître, des successions en déshérence, des forêts nationales, etc... De tous ces droits aussi on peut dire qu'ils sont inhérents à la puissance publique; nul ne doute cependant que pour déterminer leur existence ou leur étendue, les tribunaux judiciaires ne soient en principe compétents. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la régale? N'oublions pas

[1] Dall. 89. 2. 60.

[2] Cass. 18 juillet 1888. — Dall. 89. 1. 149.

Digitized by Google

que la loi n'a pas voulu soustraire au contrôle des juridictions judiciaires les actes dans lesquels l'administration n'agit que comme intendant de son domaine privé [1], et il nous paraît difficile de qualifier autrement le rôle de l'État lorsqu'il use du droit de régale; ce n'est pas là l'exercice d'une attribution d'ordre politique, puisqu'il ne s'agit, en définitive, que d'encaisser des revenus.

2° Le second motif invoqué par la Cour est qu'il y avait dans l'espèce un décret ordonnant la vente et que ce décret, constituant un acte de la puissance publique, échappait à son contrôle, elle n'avait pas le droit d'en arrêter l'exécution.

La proposition nous paraît inexacte dans sa trop grande généralité. Si on admet, en effet, comme nous avons essayé de démontrer qu'il fallait le faire, que le droit de régale ne confère pas la faculté d'aliéner et que l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur la question, il faut conclure qu'elle peut annuler la vente consentie par le gouvernement en dehors de ses pouvoirs. Et si elle peut annuler la vente, *a fortiori* doit-elle pouvoir l'empêcher. Que si l'ordre de vendre a été donné par décret, nous arrivons sans doute à ce résultat qu'un jugement fera obstacle à l'exécution d'un décret, mais il n'y a pas à s'en inquiéter. Le décret en somme n'est qu'un ordre donné à un mandataire, l'administrateur de la mense n'est en effet que cela; le tribunal constate que cet ordre émane d'un mandant qui n'avait pas qualité pour le donner et que par suite la vente est juridiquement impossible; cela nous paraît absolument correct. En thèse générale donc nous conclurions en faveur de la compétence judiciaire.

Mais il y avait dans l'espèce jugée par la Cour de Limoges une circonstance spéciale qui est indiquée dans une note ajoutée par le Conseil d'État au décret ordonnant la vente et qui nous paraît devoir modifier notre conclusion. Il est dit dans cette note « que le Conseil a cru devoir ajouter au décret un paragraphe prescrivant la vente de gré à gré de deux immeubles servant à usage de presbytères et *ne pouvant pas être considérés comme concourant au but légal de l'établissement de la mense.* » Il est en effet

[1] Laferrière, *Juridict. admin.*, I, p, 534.

Digitized by Google

de doctrine constante que les établissements publics ont une capacité restreinte aux actes utiles à l'accomplissement de leur mission et que les actes qu'ils réalisent en dehors de cette mission doivent être prohibés. Or la mission d'une mense épiscopale est de subvenir aux besoins de l'évêque, on pourrait même admettre dans une certaine mesure qu'elle a qualité pour administrer les intérêts généraux du culte dans le diocèse, mais très certainement elle n'a pas à s'occuper de l'administration des paroisses ni des presbytères qui constituent légalement un service paroissial. En fait cependant la mense épiscopale de Limoges avait acquis avec l'autorisation du gouvernement deux immeubles affectés à l'usage de presbytères ; l'administration supérieure avait eu tort de donner l'autorisation, mais en la forme l'acquisition était régulière. Était-on obligé de subir indéfiniment cette situation anormale ? L'affirmative serait étrange, puisque en somme il s'agit ici d'une question d'ordre public au premier chef. La prescription ne saurait faire obstacle à l'application des règles d'organisation des services publics. Nous croyons donc que le gouvernement avait le droit de dénoncer l'illégalité de l'autorisation autrefois donnée et de ramener la mense épiscopale de Limoges à l'exacte observation de la loi. Quelle procédure eût-il fallu suivre pour aboutir à ce résultat? La question est délicate, nous n'y connaissons pas de précédent et son examen approfondi dépasserait les limites de cet article. Dans l'espèce actuelle, le gouvernement a profité de ce que la vacance du siège épiscopal lui donnait l'administration de la mense pour essayer de régulariser le patrimoine de cette mense en faisant vendre tous les biens dont la situation ne lui paraissait pas normale. Le procédé ne nous plaît guère. On peut d'abord remarquer qu'il n'est pas très équitable de résoudre une difficulté aussi importante pour la mense en l'absence du principal intéressé qui est bien évidemment l'évêque. Il n'y avait pas péril en la demeure et il eût été plus généreux d'attendre que le nouvel évêque eût pris possession des biens, afin qu'il pût discuter la question qui n'aurait été alors résolue qu'en pleine connaissance de cause, tous les intéressés ayant été mis à même de présenter leur défense. Il nous semble en deuxième lieu que le gouvernement ne dit pas assez nettement ce qu'il

Digitized by Google

veut faire. Le décret veut-il vraiment rappeler un établissement public à l'observation de la loi et doit-il être considéré comme un acte de haute police administrative? ou bien n'est-ce qu'un acte de gestion ordinaire? On peut s'y méprendre. Et c'est là un défaut sérieux qui pourrait faire croire que l'administration n'a pas elle-même confiance dans l'existence de son droit. Quoi qu'il en soit, c'est parce que nous considérons l'ordre de vendre les deux presbytères comme un acte de police ayant pour objet de faire rentrer dans le rang un établissement public qui s'en écartait, que nous rejetons la compétence judiciaire. Et notre interprétation est justifiée, ce nous semble, par la note du Conseil d'État dont nous avons reproduit les termes ci-dessus.

III. — Sous l'ancien régime, l'ordonnance du 31 janvier 1690 défendait aux marguilliers d'emprunter pour réparer les bâtiments de la paroisse sans que le roi eût autorisé l'emprunt.

En cas d'infraction, les fabriciens pouvaient être condamnés solidairement à payer la dépense non autorisée. La prohibition a été maintenue par les lois modernes (notamment art. 70, § 5, loi du 5 avril 1884), mais elles n'ont pas reproduit la sanction de la responsabilité personnelle et solidaire. Faut-il combler cette lacune en faisant revivre l'ancien texte?

Le tribunal de Roanne l'avait pensé, mais son jugement a été réformé par la Cour de Lyon [1] (arrêt du 13 janvier 1888) par ce motif : que l'ordonnance de 1690 a été abrogée de même que toutes autres régissant les conseils de fabrique lorsque ceux-ci ont été supprimés en 1792, et que s'ils ont été rétablis en 1809, une organisation et une réglementation nouvelles ont été créées, démontrant que l'on n'entendait nullement faire revivre les ordonnances anciennes. C'est la première fois que la question s'est posée; il nous semble que la solution de la Cour de Lyon est à l'abri de toute critique et qu'elle doit former jurisprudence.

ENSEIGNEMENT PRIMAIRE.

L'enseignement primaire a été réorganisé par une série de lois nouvelles depuis la loi du 16 juin 1881 jusqu'à celle du 30 octobre 1886, et ce changement de législation a entraîné comme toujours

[1] Dall. 88, 2, 277.

Digitized by Google

des difficultés d'application ou d'interprétation, dont nous signalons les plus importantes, parmi celles qui se sont présentées dans le courant de la présente année.

I. *Droits des communes.* — La nouvelle législation fixe avec soin les obligations des communes relativement aux dépenses de l'enseignement primaire, mais elle est moins explicite sur leurs droits au sujet desquels deux questions importantes se sont élevées :

1° Une commune peut-elle subventionner une école libre?

Il faut d'abord bien déterminer la position exacte de la discussion. Nous savons que le budget municipal est soumis à l'approbation de l'autorité supérieure, préfet ou président de la République suivant les cas, et qu'en principe cette autorité peut modifier ou même supprimer les crédits votés par le Conseil municipal. Si cette règle était sans exception, notre question n'aurait plus de raison d'être, puisque l'administration centrale pourrait toujours annihiler la décision du pouvoir municipal. Mais l'art. 145, § 2, de la loi du 5 avril 1884 indique une hypothèse dans laquelle le préfet ni le président de la République ne peuvent plus modifier les allocations du budget communal ; c'est lorsque ce budget pourvoit à toutes les dépenses obligatoires et qu'il n'applique aux dépenses d'un exercice aucune recette extraordinaire ; dans ce cas s'il y a une subvention accordée à une école libre, peut-elle être annulée comme illégale?

La question s'était déjà posée en 1885 et elle avait été résolue en faveur des pouvoirs du Conseil municipal par un arrêt du Conseil d'État en date du 16 novembre 1888 [1], et en effet d'une part, la loi du 15 mars 1850 ne contenait aucune défense générale faite aux communes d'accorder des subventions aux écoles libres ; d'autre part, l'art. 36 de la même loi permettait formellement la subvention dans un cas : « le conseil académique (aujourd'hui conseil départemental) peut dispenser une commune d'entretenir une école publique à condition qu'elle pourvoira à l'enseignement primaire gratuit dans une école *libre*... » Il était donc naturel de conclure que ces subventions ne répugnaient aucunement au système général de la loi. D'ailleurs, l'art. 17 de

[1] *Rec. des arrêts du Cons. d'Ét.* 1888, p. 827.

Digitized by Google

la loi du 10 avril 1867 fit disparaître toute difficulté en admettant et en réglementant « les écoles libres qui reçoivent une subvention de la commune du département ou de l'État. »

Mais la loi du 30 octobre 1886 a considérablement modifié la situation. Elle a formellement abrogé les lois de 1850 et de 1867 dont les dispositions ne peuvent donc plus être invoquées; elle a en outre créé une organisation complète dans laquelle il n'y a pas place pour des écoles libres subventionnées. La loi ne connaît, en effet, que deux groupes d'établissements : ceux qui sont fondés ou entretenus par l'État, les départements et les communes, et qu'elle appelle des établissements publics, et ceux qui sont fondés et entretenus par des particuliers ou des associations et qu'elle qualifie d'établissements privés (art. 2), et pour chacun de ces groupes elle a pris soin d'édicter des règles particulières sans admettre en aucun lieu l'existence d'un troisième groupe, à qui on ne saurait par suite quelles règles il faudrait appliquer si on en autorisait la création. Il faut observer en outre qu'il serait vraiment étrange qu'on obligeât les communes à entretenir des écoles publiques et qu'on les laissât en même temps libres de favoriser la concurrence faite à leurs propres écoles municipales par les établissements privés auxquels elles fourniraient des subventions. Le Conseil d'État fait justement remarquer que ce serait permettre aux communes de faire échec aux sacrifices de l'État et des départements et de disperser abusivement les deniers municipaux en provoquant elles-mêmes la désertion des écoles publiques qu'elles auraient fondées et qu'elles continueraient d'entretenir. On peut ajouter qu'à deux reprises différentes, la Chambre des députés et le Sénat ont rejeté des amendements tendant à consacrer expressément le droit de subventionner les écoles privées. Nous pouvons donc conclure sans témérité que la loi du 30 octobre 1886 interdit désormais aux communes de fournir des subventions aux écoles privées. C'est la doctrine admise par le Conseil d'État dans son avis du 19 juillet 1888 [1].

Nous pouvons remarquer que le raisonnement que nous venons d'exposer n'a rien de spécial aux communes et qu'il s'applique avec la même force aux départements. Nous croyons donc qu'en cette

[1] *Revue gén. d'admin.* octobre 1888, p. 148.

Digitized by Google

matière les Conseils généraux n'ont pas des atributions plus étendues que les Conseils municipaux et qu'ils ne peuvent pas non plus voter des subventions aux écoles privées. Cette solution a été consacrée par un décret du 13 novembre 1888[1] annulant une délibération du Conseil général du Morbihan.

2° Le Conseil municipal d'une commune de 500 habitants et au-dessus et qui est pourvue d'écoles de hameau ne peut-il pas conserver, malgré le vote contraire du Conseil départemental, l'école de filles établie au chef-lieu?

Nous rappelonsque l'art. 11, § 4, de la loi du 30 octobre 1886 porte que toute commune qui compte 500 hab. et au-dessus doit avoir en principe une école spéciale pour les filles; que cependant elle peut être autorisée par le Conseil départemental à remplacer cette école spéciale par une école mixte. D'autre part, l'art. 8 de de la loi du 20 mars 1883 rend obligatoire l'établissement de maisons d'écoles dans les hameaux éloignés du chef-lieu de trois kilomètres et réunissant un effectif d'au moins 20 enfants d'âge scolaire. La combinaison de ces deux règles donne naissance à la difficulté que nous examinons. Il peut arriver en effet que la création d'une ou de plusieurs écoles de hameau, par application de la deuxième règle, diminue la population scolaire de la circonscription du chef-lieu de telle façon qu'il n'y ait plus utilité à maintenir dans ce chef-lieu une école spéciale pour les filles. Mais qui sera juge de la situation ?

On eût put soutenir, en s'en tenant à la lettre du texte, que le Conseil municipal peut toujours exiger la création ou le maintien d'une école spéciale de filles; en effet, l'art. 11 de la loi de 1886 ne mentionne aucune distinction ni restriction et exige que dans tous les cas il y ait au chef-lieu une école spéciale de filles, à moins que le Conseil municipal ne se fasse autoriser par le Conseil départemental à n'avoir qu'une école mixte. La rédaction montre que le Conseil départemental peut refuser l'autorisation qu'on lui demande, mais qu'il ne peut pas prendre l'initiative et voter la transformation malgré le Conseil municipal. Nous ajoutons que cette solution était admise sous l'empire de la législation précédente. La Cour de Cassation, cassant un arrêt de la Cour

[1] *Revue gén. d'admin.* décembre 1888, p. 435.

Digitized by Google

de Paris [1], a jugé qu'il résultait de l'art 1er de la loi du 10 avril 1867 que les communes pouvaient obtenir l'autorisation de transformer leur école de filles en école mixte, mais que cette transformation ne pouvait jamais leur être imposée; si elle avait lieu, elle devait donc être considérée comme un fait volontaire imputable à la commune. Or l'art. 4 de la loi de 1886 est rédigé en des termes analogues à ceux de l'art. 1er de la loi de 1867, il est donc probable qu'il reproduit le même système.

Le Conseil d'État auquel la question a été soumise s'est placé, dans son avis du 27 juin 1888 [2], à un autre point de vue. Sans s'expliquer sur l'argument tiré des précédents et du texte de l'art. 11 de la loi de 1887, il s'est uniquement appuyé sur cette considération : que l'art. 13 de la loi de 1886 charge le Conseil départemental de déterminer, après avis des Conseils municipaux et sous réserve de l'approbation du ministre, le nombre, la nature et le siège des écoles primaires publiques, qu'il y a lieu d'établir ou de maintenir dans chaque commune; Donc, conclut le Conseil d'État, le Conseil départemental peut voter toutes les suppressions qui lui paraissent convenables malgré l'opposition des Conseils municipaux intéressés; la loi exige bien leur avis, mais elle ne parle pas de leur consentement.

Il nous semble que cette doctrine donne à l'art. 13 plus de portée qu'il n'en doit raisonnablement avoir. Sans doute cet article donne aux conseils départementaux le droit de créer ou de supprimer des écoles, mais sous la réserve que ces conseils se conformeront sur ce point aux règles établies par la loi elle-même et obéiront à ses prescriptions. Cette réserve n'est pas inscrite dans le texte, sans doute; mais était-il besoin de l'inscrire? Comment croire, en effet, que le législateur, après avoir établi des règles précises sur le nombre et la nature des écoles primaires publiques que l'on doit rencontrer dans chaque commune, renonce tout à coup à ses propres règles et donne au conseil départemental le droit de n'en pas tenir compte? Ce serait un procédé bien bizarre, et rien ne peut faire supposer qu'il ait été employé par les rédacteurs de la loi de 1886. Nous croyons

[1] Cass. 18 juin 1888. — Dall. 89. 1. 29.

[2] *Rev. gén. d'admin.* octobre 1888, p. 146.

Digitized by Google

donc que pour interpréter sainement l'art. 13, il faut dire que les conseils départementaux peuvent sans doute voter toutes suppressions ou toutes créations d'écoles, mais à la condition de se conformer aux règles de la loi sur ce point. Or, nous soutenons précisément que dans notre espèce la loi défend au conseil départemental de voter la suppression malgré l'opposition du conseil municipal. Il faudrait donc pour justifier la solution du Conseil d'Etat démontrer que notre prétention est mal fondée : nous croyons que cela n'est pas facile ; en tout cas, ce n'est pas dans l'avis du Conseil d'Etat qu'on trouvera le moindre argument, il est absolument muet sur ce point.

II. *Conditions exigées du personnel enseignant.* — 1° Les étrangers admis à établir leur domicile en France peuvent-ils être directeurs d'une école primaire privée ?

L'art. 4 de la loi du 30 octobre 1886 semble répondre négativement au moins pour les écoles destinées à des enfants français. Cet article formule relativement aux étrangers le système suivant : pour être directeur ou adjoint dans une école primaire, publique ou privée peu importe, il faut en principe être français ; cependant un étranger peut être admis à *enseigner* dans une école privée ; et même si l'école est exclusivement destinée à des enfants étrangers résidant en France, l'étranger peut être autorisé à la *diriger* ou à y *enseigner*. Il paraît bien résulter de là que le législateur distingue nettement le fait de diriger une école, du fait d'y enseigner ; et en ce qui concerne les étrangers, qu'ils peuvent diriger aussi bien qu'enseigner quand il s'agit d'une école exclusivement destinée à des enfants étrangers, mais que si l'école reçoit des enfants français l'étranger peut bien encore enseigner, mais ne peut pas diriger. Cette solution cependant n'a pas été admise par le Conseil d'État ; les sections réunies de l'intérieur et de législation ont, à la date du 30 octobre 1888[1] émis l'avis : « Que les étrangers admis à jouir des droits civils et remplissant les autres conditions imposées par l'art. 4 de la loi de 1886 peuvent être autorisés à diriger des établissements d'enseignement primaire privé qui ne sont pas exclusivement destinés à recevoir des enfants étrangers. »

[1] *Rev. gén. d'admin.*, avril 1889, p. 438.

Digitized by Google

Comment concilier cette solution avec le texte de la loi? Voici l'argumentation du Conseil d'État. Il constate d'abord que d'après la législation antérieure à 1886 et notamment d'après l'art. 78 de la loi du 15 mars 1850, les étrangers avaient le droit d'ouvrir et de diriger des écoles primaires privées. La première proposition de loi votée par la Chambre des députés le 18 mars 1884 avait voulu supprimer cette faculté et exiger dans tous les cas la qualité de français; mais cette exigence parut trop rigoureuse au Sénat qui décida d'en revenir sur ce point au système de la loi de 1850. Le fait est formellement indiqué dans l'exposé des motifs que le gouvernement déposa sur le bureau de la Chambre lorsqu'il lui représenta le projet amendé. « Le Sénat, dit cet exposé, a maintenu aux étrangers la faculté qu'ils tenaient de la loi de 1850 d'enseigner sous certaines conditions dans les établissements privés. » Le texte voté par le Sénat fut ensuite adopté sans observation par la Chambre des députés qui paraît bien par conséquent avoir accepté l'idée du Sénat et l'interprétation qu'en donnait le gouvernement. L'examen du texte de l'art. 4 conduit d'ailleurs à constater que ce texte n'est pas très précis. On peut sans doute en comparant les §§ 2 et 5 y voir le fondement d'un argument *a contrario* : le § 2 ne parle que de la faculté d'enseigner, le § 5 parle et de la faculté de diriger et de celle d'enseigner, donc le premier refuse la faculté dont il ne parle pas. Nous croyons cependant qu'un argument *a fortiori* serait plus exact, et qu'il faut dire que puisque la loi accorde aux étrangers, l'aptitude à être directeurs d'une école même dans le cas du § 5, *a fortiori* cette aptitude doit-elle leur être reconnue dans le cas du § 2. Le § 5 en effet permet de dispenser les étrangers de tout brevet de capacité, le ministre ne doit accorder cette dispense qu'après avis du Conseil supérieur et il y a là une garantie incontestable, mais il n'en reste pas moins qu'un étranger peut, dans le cas du § 5, diriger une école sans avoir aucun titre. Et l'on voudrait que le législateur qui accorde ainsi aux étrangers la faculté de direction dans un cas où ils ne présentent aucune garantie la leur refusât en principe, et lorsqu'ils remplissent toutes les conditions prescrites! Ce serait un étrange système; il ne peut pas être celui de la loi de 1886. Après tout, le terme

Digitized by Google

enseigner peut très bien comprendre le droit de diriger l'école.

Observons qu'il n'y a pas à craindre que cette solution puisse en rien compromettre l'ordre public; les seuls étrangers qui aient qualité pour profiter des droits que nous venons d'étudier sont ceux qui ont été autorisés à établir leur domicile en France, le texte est formel; ils auront donc déjà fait l'objet d'une enquête dirigée par le gouvernement relativement à leur situation et à leur moralité; en outre ils ne pourront être directeurs ou adjoints que s'ils reçoivent une autorisation spéciale du ministre après avis du conseil départemental; cela est dit très explicitement par l'art. 4.

2° Les conditions exigées par la loi du 30 octobre 1886 ne s'appliquent qu'aux personnes qui veulent tenir une école primaire. Mais en quoi consiste précisément la tenue d'une pareille école? La Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette difficulté dans les circonstances suivantes : une personne avait réuni chez elle une dizaine de fois quelques jeunes filles d'âge scolaire; elle les avait gardées dans une salle commune où elles se livraient sous sa surveillance à des travaux d'aiguille, et elle leur avait donné quelques explications sur le catéchisme et l'histoire sainte. Elle fut poursuivie comme ayant ouvert uneé cole primaire, quoique ne réunissant pas les conditions prescrites par la loi. La Cour d'Agen avait admis le bien fondé de la poursuite, mais son arrêt a été cassé par la chambre criminelle de la Cour de cassation (8 mars 1888)[1] dont la décision se justifie par les considérations suivantes.

On trouve une définition de l'école dans l'art. 17 de l'ordonnance du 16 juillet 1833 : « Est considérée comme une école primaire toute réunion habituelle d'enfants de différentes familles qui a pour but l'étude de tout ou partie des objets compris dans l'enseignement. » Quoique cette définition n'ait pas été reproduite dans les lois nouvelles, elle nous paraît devoir conserver tout au moins une autorité morale ; elle est en somme exacte, à la condition de l'entendre avec mesure. Il ne faudrait pas notamment en conclure que l'enseignement d'une matière quelconque comprise dans le programme de l'école primaire peut être considéré comme

[1] Dall. 88. 1. 398.

Digitized by Google

un élément suffisant de la tenue d'une école; la gymnastique par exemple est comprise dans les matières de l'enseignement primaire par l'art. 1er de la loi du 28 mars 1882, et il n'est venu à l'idée de personne de traiter les gymnases comme des écoles primaires; le même art. 1er met aussi dans le programme : « Les travaux manuels et l'usage des outils des principaux métiers. » On ne s'est jamais imaginé cependant d'admettre que l'atelier d'un menuisier ou d'un serrurier fût une école primaire pour les apprentis qui s'y exercent en vue de leur future profession. Cette observation nous démontre qu'il y a des matières du programme qui ne sauraient à raison de leur caractère tout spécial constituer à eux seuls l'élément d'enseignement nécessaire pour caractériser la tenue d'une école. La détermination de ces matières doit être faite en tenant compte des habitudes et des mœurs; il pourra se produire quelques divergences pour certains cas, mais dans notre hypothèse, nons croyons que les travaux à l'aiguille rentrent certainement dans la catégorie que nous avons essayé de caractériser.

Reste l'enseignement du catéchisme et de l'histoire sainte; est-ce un élément suffisant pour justifier la poursuite? Non, car la première condition pour pouvoir être considéré comme ayant tenu une école primaire est d'avoir professé au moins une des matières qui composent le programme de ces écoles, et l'instruction religieuse ne fait pas partie de ce programme, c'est une matière absolument étrangère à l'enseignement primaire tel qu'il est organisé par la loi. On a fait ici une objection. Sans doute, a-t-on dit, l'instruction religieuse n'est pas énumérée dans le programme tracé par l'art. 1er de la loi de 1882; mais cet article n'est pas seul, il est complété par l'art. 2 qui dit en propres termes : l'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées, donc, au moins pour ces écoles, l'instruction religieuse fait partie du programme comme matière facultative et cela est suffisant pour que celui qui donne cette instruction puisse être considéré comme un instituteur primaire. Nous répondons qu'on interprète l'art. 2 tout-à-fait à contre-sens; cet article ne s'occupe nullement du programme qui se trouve complet dans l'article 1er, il formule seulement une règle de police et il n'y a qu'à le

Digitized by Google

lire en entier pour s'en convaincre. La première partie porte défense de donner l'instruction religieuse dans l'intérieur de l'édifice affecté à l'école publique; il y aura un jour de vacances par semaine, afin que les parents aient le moyen de faire donner l'instruction religieuse à leurs enfants s'ils le désirent. Puis passant aux écoles privées, la loi déclare qu'elle ne leur applique pas la prohibition du premier paragraphe et qu'il est loisible aux directeurs de ces écoles de donner ou de faire donner l'instruction religieuse dans l'intérieur des bâtiments scolaires. C'est là le seul sens de ces mots : l'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées ; ils résolvent une question de local et non une question de programme.

La même doctrine a été admise par la Cour de Toulouse devant laquelle la Cour de cassation avait renvoyé l'affaire [1].

3° Lorsque les conditions imposées par la loi ne sont pas réunies et qu'on passe outre, il y a une sanction pénale édictée par l'art. 40 de la loi de 1886. C'est une amende et même la prison en cas de récidive.

Une question de responsabilité a été en cette matière amenée par la rédaction du texte de l'art. 40. Lorsque le directeur d'une école primaire réunit personnellement toutes les conditions exigées par la loi, mais qu'il a comme auxiliaire un adjoint qui manque d'une de ces conditions, sur qui pèse la responsabilité légale ? Est-ce l'adjoint qu'il faut condamner à l'amende ou bien le directeur ?

Il nous paraît certain que l'adjoint n'est pas responsable. L'art. 40 ne désigne comme pouvant être condamné que « celui qui ouvre ou dirige une école » et l'adjoint n'est évidemment pas compris dans cette expression. (Cass. 13 janvier 1888) [2].

C'est donc le directeur qui doit être puni. Nous le croyons avec la jurisprudence de la Cour de cassation. La controverse est cependant possible. Cela tient à ce que le texte semble ne punir que le défaut d'aptitude personnelle au directeur : « Quiconque aura ouvert ou dirigé une école sans *remplir* les conditions prescrites par les articles... sera poursuivi et condamné... »

[1] Toulouse, 7 novembre 1888. — *Rev. gén. d'admin.*, janvier 1889, p. 79.
[2] Dall. 88. 1. 234.

Digitized by Google

Or, dans notre hypothèse le directeur *remplit* les conditions prescrites par les articles visés; c'est dans la personne de l'adjoint que se trouve l'irrégularité, c'est cet adjoint qui ne *remplit* pas les conditions légales; donc on ne se trouve pas dans les termes de l'art. 40 et comme il n'y a aucun autre article qui puisse être invoqué, il faut conclure qu'aucune condamnation pénale n'est possible, il n'y a qu'à employer les peines disciplinaires.

Pour réfuter cette argumentation il faut recourir aux précédents et aux travaux préparatoires de la loi de 1886. Sous l'empire de la loi du 15 mars 1850 la question que nous examinons ne pouvait s'élever, l'art. 29 de ladite loi déclarait en effet le directeur responsable de toutes les irrégularités : « Quiconque aura ouvert ou dirigé une école en contravention aux dispositions de la loi sera poursuivi... » Avec cette rédaction il n'y avait pas de doute possible. Le premier projet de la loi de 1886 contenait la formule suivante : « Quiconque aura ouvert ou dirigé une école sans avoir les qualités spécifiées aux articles... sera poursuivi... » Quoique le rapporteur trouvât que cet article était « identique aux premiers alinéas de l'art. 29 de la loi de 1850 » le contraire est tellement évident qu'il eût bien fallu admettre que la loi nouvelle introduisait un nouveau système de responsabilité et que le directeur d'une école n'avait plus désormais à répondre que de sa capacité personnelle, la loi le déchargeant de toute responsabilité pénale en ce qui concernait l'aptitude légale de ses adjoints. Mais la rédaction votée par les députés fut modifiée par le Sénat qui adopta la formule actuelle du texte. On ne nous a pas fait connaître les motifs de cette modification; mais comme le rapporteur de la loi devant le Sénat affirme, lui aussi, que la sanction de l'art. 40 de la loi nouvelle est la même que celle de l'art. 29 de la loi de 1850, il n'est pas téméraire de conjecturer que c'est pour conformer le texte à cette déclaration qu'on a substitué à l'ancienne rédaction trop hostile une formule qui se rapproche davantage de l'idée que l'on voulait exprimer. Cette formule est après tout suffisante. Elle déclare responsable le directeur qui n'a pas rempli toutes les conditions prescrites; or, l'aptitude légale des adjoints est une de ces conditions; donc le directeur qui prend un adjoint manquant de l'aptitude légale ne

Digitized by Google

remplit pas cette condition, et il tombe sous le coup de la loi. (Cass. 13 janvier 1888 [1] et sur renvoi, Poitiers, 4 mai 1888 [2]).

EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE.

I. — Nous rencontrons dans un arrêt du Conseil d'État du 6 mai 1887 [3] une solution intéressante. La ville de Nancy avait acquis, à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique, le sous-sol des terrains nécessaires à l'établissement d'un égout collecteur; elle avait d'ailleurs au préalable obtenu la déclaration d'utilité publique. Après l'exécution des travaux, un des expropriés réclama une indemnité pour les dommages qui lui avaient été causés pendant l'exécution et il s'adressa au conseil de préfecture; puis, mécontent de la décision de ce tribunal, il se pourvut au Conseil d'État et soutint alors que l'autorité administrative était incompétente. En effet, disait-il, le dommage dont il avait à se plaindre résultait de ce que la propriété avait été occupée par l'administration; celle-ci avait acquis la propriété du sous-sol, mais non celle de la surface; elle avait cependant ouvert des tranchées sur la surface, elle y avait déposé les déblais et des matériaux; c'est là une occupation temporaire bien caractérisée, et comme elle n'avait été précédée d'aucune autorisation ni d'aucune des formalités exigées par le décret du 8 février 1868, elle était irrégulière; donc l'autorité judiciaire était seule compétente.

Le Conseil d'État a rejeté ce système sans donner des motifs bien précis; il se borne à dire que puisqu'il y a eu expropriation et ordonnance d'envoi en possession des terrains à cause de l'urgence, il n'y a pas eu en réalité exercice par la ville de la servitude d'occupation temporaire; celle-ci en creusant des tranchées n'a fait qu'user des droits qu'elle avait acquis, et si elle a causé un dommage, il n'y a aucune raison pour ne pas le soumettre au conseil de préfecture.

Il nous semble que cette réponse laisse à désirer. La ville, dit-on, est devenue propriétaire et a été mise en possession des terrains qu'elle a alors fouillés. C'est inexact; car la ville a fait

[1] Dall. 88. 1. 233.
[2] Dall. 89. 2. 6.
[3] Dall. 88. 3. 88.

Digitized by Google

des travaux sur la surface dont elle n'avait ni la propriété ni la possession, puisque c'est le tréfonds seul qui a été l'objet de l'expropriation. Les actes de la ville constituent donc certainement une mainmise sur la propriété d'autrui. Il est vrai que le Conseil d'État paraît admettre que l'expropriation prononcée pour le sous-sol emporte en faveur de l'expropriant le droit de faire sur la surface tout ce qu'exige la confection du travail en vue duquel l'expropriation a été autorisée. Nous ne pouvons admettre cette idée et nous nous demandons tout d'abord pourquoi elle ne serait exacte que quand l'expropriation ne porte que sur le tréfonds ; ce cas d'expropriation n'est cependant soumis à aucune règle particulière; il faudrait donc généraliser la formule et dire que l'expropriant a dans tous les cas le droit de faire sur les terrains non expropriés tout ce que comporte l'exécution du travail en vue duquel il exproprie. Or, cela est évidemment inadmissible. Ces droits accessoires qui résulteraient de l'expropriation seraient tantôt insignifiants, tantôt très importants; il faudrait cependant que le jury sût à quoi s'en tenir pour évaluer exactement l'indemnité, et si le législateur avait voulu d'un pareil système, il aurait certainement pris ses mesures pour que le nombre et la nature de ces droits accessoires fussent fixés avant la réunion du jury. On pourrait comprendre en effet que l'arrêté de cessibilité ne désignât pas seulement les terrains à exproprier, mais encore ceux sur lesquels l'administration aurait le droit de faire tels ou tels actes déterminés; ou bien ce pourrait être le tribunal qui serait chargé de faire cette désignation dans le jugement d'expropriation. Mais rien de pareil ne se rencontre dans la loi de 1841 qui n'organise l'expropriation qu'en vue du transfert de propriété. Si l'expropriant a besoin d'occuper le terrain d'autrui, il pourra avoir recours à d'autres moyens que la loi met à sa disposition, et c'est précisément pour des hypothèses de cette nature qu'a été créée la servitude d'occupation temporaire, mais l'expropriation n'es plus alors d'aucun secours. Nous ne croyons pas qu'on ait jamais contesté cette doctrine comme règle générale; pourquoi veut-on y déroger quand il s'agit d'expropriation du sous-sol? Il n'y a ni texte ni principe qui puisse autoriser une pareille dérogation.

On objecte que si, dans l'espèce, on ne permet pas à l'expro-

Digitized by Google

priant du tréfonds d'accomplir certains actes sur la surface, l'expropriation devient parfaitement inutile et que, par conséquent, puisque l'expropriation est autorisée, ces actes doivent l'être aussi.

Cette objection confond beaucoup de choses. Nous ne faisons aucune difficulté d'admettre que la déclaration d'utilité publique d'un travail vaut autorisation de faire tout ce que comporte l'achèvement de ce travail, même les actes qui ne seraient pas l'objet d'une mention spéciale dans la formule du décret déclaratif. Ainsi la ville de Nancy, ayant été autorisée à construire un aqueduc souterrain, sera présumée avoir reçu l'autorisation de fouiller la surface alors même que cela ne serait pas dit explicitement dans le décret. Ceci est incontestable, mais ce n'est pas la question. Nous nous demandons si, la ville n'ayant acheté que le sous-sol, peut, en vertu de son acquisition, faire des travaux sur la surface; c'est, comme on voit, une toute autre affaire.

Et remarquons bien qu'il ne s'agit pas ici d'interpréter la volonté des parties comme on aurait à le faire en matière de vente volontaire. Dans ces ventes nous pourrions admettre la solution du Conseil d'État, ce serait en tout cas une question de fait, nous demanderions seulement à faire des réserves sur la compétence. Mais nous sommes en présence d'une expropriation dont les effets sont indépendants de la volonté des parties; il n'y a donc pas à rechercher ce qu'elles ont pu vouloir, puisque la loi n'en tient aucun compte et détermine les effets de l'opération par voie d'autorité. Or ces effets, nous venons de les rappeler; ils n'existent que sur les parties de terrains expropriées, donc sur le sous-sol seul quand il a été exproprié seul.

Ce serait exagérer que de dire que dans ces conditions l'expropriation est inutile. Elle ne suffit pas, mais elle est utile. Il n'y aura qu'à la compléter par l'exercice du droit d'occupation temporaire et la ville pourra ainsi régulièrement atteindre le but qu'elle vise.

En tout cas un point nous paraît incontestable. En admettant même que le Conseil d'État eût raison au fond, au moins faut-il reconnaître qu'il était incompétent pour le dire. Puisque on ramène la question à une appréciation des effets de l'expropriation, c'est l'autorité judiciaire seule qui peut statuer.

Digitized by Google

Il est vrai que dans le cas spécial de notre arrêt c'était le propriétaire réclamant qui avait lui-même saisi le conseil de préfecture, et le Conseil d'État relève cette circonstance dans ses considérants. Faut-il conclure de là que le Conseil a voulu appliquer cette idée : que le demandeur était irrecevable à contester la compétence d'un tribunal qu'il avait lui-même saisi de l'affaire? En pratique cette proposition aurait du bon; il serait naturel en effet qu'on ne permît pas à une partie de repousser une juridiction qu'elle aurait elle-même recherchée ; on ne doit pas pouvoir se jouer de la justice de son pays. Mais en théorie nous nous heurtons à un grand obstacle : c'est que le principe de la séparation des pouvoirs est un principe d'ordre public dont les conséquences sont par suite obligatoires en tout état de cause ; les parties ne peuvent pas y renoncer, elles ont toujours le droit de les invoquer, les tribunaux peuvent même les appliquer d'office et pour la première fois en appel ou en cassation. En l'absence de texte, il nous paraîtrait donc difficile d'admettre qu'on pût traiter l'incompétence d'un tribunal administratif relativement à une question appartenant au contentieux judiciaire comme une simple incompétence relative ou *ratione personæ* au bénéfice de laquelle on est présumé avoir renoncé dès qu'on ne l'a pas réclamée *in limine litis*. Nous reconnaissons d'ailleurs que le Conseil d'État n'a formulé aucune théorie semblable, mais nous ne voyons pas alors quel intérêt il pouvait bien y avoir dans l'espèce à constater que le conseil de préfecture avait été saisi par le réclamant lui-même.

II. — L'étendue de la compétence du jury relativement à la liquidation de l'indemnité donne chaque année lieu à quelques décisions; ce ne sont pas toujours des questions nouvelles à proprement parler, mais on rencontre souvent de nouveaux cas d'application des principes établis.

1° C'est ainsi que deux arrêts de la Cour de cassation du 12 juin [1] et du 10 juillet 1888 [2] affirment la compétence du jury pour apprécier l'indemnité due à raison du dommage subi par des parcelles non expropriées lorsque la cause certaine du dom-

[1] Dall. 89. 1. 253.

[2] *Rev. gén. d'admin.*, octobre 1888, p. 204.

Digitized by Google

mage se trouve dans l'expropriation elle-même. Le premier de ces arrêts présente une particularité intéressante et mérite que nous nous y arrêtions un moment.

Il s'agissait de l'expropriation d'une parcelle soumise à un droit d'usufruit et ce droit atteignait en outre des parcelles voisines appartenant à d'autres nu-propriétaires qui n'avaient pas été atteints par l'expropriation. La valeur de la parcelle expropriée une fois fixée, l'usufruitier prétendait avoir droit à une indemnité spéciale tenant à ce que l'exercice de son usufruit sur les parcelles voisines était rendu plus difficile par le fait de l'expropriation. L'administration contestait la compétence de l'autorité judiciaire : car, disait-elle, la loi de 1841 consacre un système très net sur les rapports du nu-propriétaire et de l'usufruitier avec l'expropriant; elle déclare que celui-ci n'aura qu'une seule indemnité à payer représentant le préjudice causé à la pleine propriété; puis sur cette unique indemnité chacun des intéressés exercera son droit propre. L'usufruitier n'a donc droit qu'à l'usufruit de l'indemnité allouée à la propriété et le tribunal judiciaire ne peut lui accorder aucune indemnité supplémentaire. S'il éprouve cependant un dommage spécial, il peut s'adresser au conseil de préfecture, car ce sera un dommage résultant d'un travail public.

C'est avec raison que la Cour de cassation a rejeté cette argumentation. La loi en effet n'exige pas d'une manière absolue qu'il n'y ait jamais qu'une seule indemnité allouée au nu-propriétaire et à l'usufruitier; elle statue pour le cas le plus fréquent où les deux ayant-droit subissent un dommage analogue; mais si les circonstances sont telles que l'usufruitier supporte un dommage auquel le nu-propriétaire reste étranger, la loi n'exige pas le moins du monde qu'on alloue une indemnité au nu-propriétaire qui n'y a aucun droit ou qu'on la refuse à l'usufruitier qui serait alors injustement victime de la situation. Cette circonstance se rencontre précisément dans notre hypothèse. L'expropriation, en séparant en deux parties les parcelles qui restent soumises au droit d'usufruit, rend la culture plus difficile, la rentrée des récoltes plus douteuse et surtout impose pour l'exploitation des conditions plus onéreuses, notamment en ce qui concerne

Digitized by Google

les frais de clôture pour les bestiaux; il faut bien de ce chef allouer une indemnité à l'usufruitier, sinon il n'aura pas reçu une réparation suffisante pour la totalité du dommage qui lui est causé. Et le conseil de préfecture n'a rien à voir dans l'affaire, car le préjudice existe en dehors de tout travail fait par l'expropriant, avant même tout commencement de travail, il est donc bien le résultat de l'expropriation elle-même.

2° Le jury ne saurait être compétent lorsque le dommage est produit par l'usage auquel l'expropriant emploie les terrains expropriés, car ce n'est plus là un effet de l'expropriation. Si donc une ville obtient l'autorisation d'exproprier un terrain pour l'établissement d'un champ de tir et que le propriétaire exproprié fonde une demande en indemnité sur ce motif qu'il sera dans la nécessité de laisser une zône de terrain improductive le long de la parcelle qu'on lui enlève, afin de se protéger contre les accidents pouvant être occasionnés par les exercices à feu, l'autorité judiciaire est incompétente et c'est le conseil de préfecture qui doit statuer (Cass. 14 mars 1887) [1].

Un arrêt du 27 avril 1887 [2] semble, il est vrai, contredire cette doctrine. Une expropriation avait eu lieu en vue de la construction d'un fort, et les propriétaires expropriés avaient réclamé une indemnité pour la détérioration qui résulterait, pour les terres qui leur restaient, de l'établissement des servitudes militaires; le jury avait fait droit à cette demande en allouant une indemnité définitive. La Cour de cassation a cassé cette décision, mais elle ne lui reproche que d'avoir transformé une indemnité éventuelle en une indemnité définitive; « Attendu, dit-elle, que le jury devait se borner à déterminer une indemnité éventuelle ou hypothétique... » Elle semble donc admettre en principe la compétence du jury. Il est certain cependant que nous nous trouvons ici en présence d'un dommage qui ne résulte pas de l'expropriation; ce n'est pas elle qui crée les servitudes militaires; elles seront la conséquence de la construction du fort, c'est donc un préjudice causé par l'exécution d'un travail public. Il faut reconnaître d'ailleurs que l'arrêt que nous critiquons donne en définitive la vraie

[1] Dall. 88. 1. 184.
[2] Dall. 88. 1. 88.

Digitized by Google

solution puisqu'il casse la décision du jury; ce sont les considérants seuls qui laissent à désirer.

Ajoutons au fond qu'il est décidé par une jurisprudence constante que les propriétaires des terrains grevés de servitude militaire ne peuvent, de ce chef, réclamer aucune indemnité. Ce n'est que dans certains cas de dépossession, de démolition ou d'occupation que les règlements de la matière organisent une sorte de réparation du dommage causé. (Voyez notamment art. 35 et suiv. du décret du 10 août 1853).

3° L'existence d'une servitude militaire sur un terrain soumis à expropriation, a donné naissance à une difficulté qui nous paraît avoir été résolue dans un esprit très juste et très libéral par l'arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 1887[1]. Il s'agissait de terrains situés dans la zone des servitudes de fortification de Grenoble, le propriétaire avait obtenu du ministre de la guerre l'autorisation d'y exploiter une carrière de pierres et un banc de chaux hydraulique, puis il fut exproprié; il demanda que dans la fixation de l'indemnité on tînt compte de la valeur des substances qui restaient encore dans le sol. L'administration répondit que le propriétaire n'ayant pas, à cause de la servitude militaire, le droit d'exploitation, les substances qui se trouvaient dans le sol ne devaient pas être considérées comme étant en réalité à sa disposition; leur perte n'était donc pas pour lui un dommage. La Cour de cassation a refusé d'entrer dans cette voie. La servitude militaire impose au propriétaire une gêne dans l'exercice de son droit, mais ne diminue pas le droit lui-même qui reprendra tout son effet si l'obstacle provenant de la servitude vient à disparaître: l'expropriation de ce droit exige donc une indemnité.

III. — Le créancier hypothécaire inscrit sur un immeuble exproprié est-il tenu, pour conserver ses droits contre l'expropriant de se faire connaître à lui, dans les termes de l'art. 21 de la loi du 3 mai 1841? L'Etat soutenait l'affirmative dans la cause suivante : un immeuble compris dans un jugement d'expropriation avait été cédé à l'Etat pour la somme de 497 francs, payée directement entre les mains de l'exproprié. Un créancier

[1] Dall. 88. 1. 230.

Digitized by Google

régulièrement inscrit sur l'immeuble soutint que le paiement ne lui était pas opposable et demanda que conformément à l'article 54 de la loi de 1841, le prix de l'immeuble fût versé à la caisse des dépôts et consignations. L'Etat répondit que le créancier ne s'étant pas fait connaître dans les délais avait perdu toute action contre lui et n'avait plus de recours que contre l'exproprié.

C'est la première fois, croyons-nous, que la question se pose devant un tribunal, tout au moins devant la Cour de cassation. La prétention de l'Etat est contraire à la pratique généralement suivie, mais elle semble avoir pour elle le texte de la loi. « Les autres intéressés seront en demeure de faire valoir leurs droits par l'avertissement énoncé en l'art. 8 et tenus de se faire connaître à l'administration, dans le même délai de huitaine, à défaut de quoi ils seront déchus de tout droit à l'indemnité. »

Mais il faut remarquer que cet article s'occupe du règlement des indemnités et qu'il a pour objet de déterminer en partie au moins les formalités que doivent suivre ceux qui veulent obtenir une indemnité. Tel n'est pas le cas des créanciers hypothécaires qui n'ont et ne prétendent aucun droit à aucune indemnité ; l'article ne les regarde donc pas. Les créanciers demandent seulement le paiement de leurs créances : ils invoquent les prérogatives de leur hypothèque contre lesquelles l'art. 21 ne dit absolument rien.

On ne peut non plus s'appuyer sur l'art. 18 pour soutenir que l'action hypothécaire est éteinte, car s'il est vrai que cet article écarte toutes les actions réelles dirigées contre l'immeuble, il ajoute immédiatement que ces actions seront transportées sur le prix. Et l'art. 17, s'occupant plus spécialement des hypothèques, explique fort bien que ce n'est « qu'à défaut d'inscription dans le délai que l'immeuble exproprié sera affranchi de tous priviléges et hypothèques. » Donc les créanciers inscrits conservent leur droit et, ajoute l'article, « ils n'auront dans aucun cas la faculté de surenchérir, mais ils pourront exiger que l'indemnité soit fixée par le jury. » Et l'art. 54 complétant les précédents décide : « Il ne sera pas fait d'offres réelles toutes les fois qu'il existera des inscriptions sur l'immeuble exproprié... dans ce cas il suffira que les sommes dues par l'administration soient

Digitized by Google

consignées. » Dans tous ces articles le législateur ne se préoccupe jamais de savoir si le créancier hypothécaire s'est fait connaître ou non, la seule circonstance à laquelle la loi s'attache est celle de savoir si l'inscription a été régulièrement prise ou non. Nous concluons donc avec la Cour de cassation (arrêt du 23 octobre 1888)[1] que l'inscription de leur hypothèque en temps utile suffit pour assurer aux créanciers leurs droits sur le prix de la cession.

Dans cette affaire l'Etat invoquait contre le créancier un autre argument. Il prétendait que, s'agissant d'une acquisition dont la valeur n'excédait pas 500 fr., l'immeuble était purgé de plein droit des hypothèques qui le grevaient. C'était méconnaître le sens et les termes même de l'art. 19 § 2 qui permet, il est vrai, à l'administration de payer, sans recourir aux formalités ordinaires, les prix d'acquisition inférieurs à 500 fr., mais qui ajoute *sauf les droits des tiers*. Et il a été parfaitement entendu lors de la discussion de la loi que les paiements ainsi faits par l'Etat le seraient à ses risques et périls et ne pourraient compromettre les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés.

BRÉMOND.

EXAMEN CRITIQUE DU PROJET DE RÉFORME DE LA SÉPARATION DE CORPS ADOPTÉ PAR LE SÉNAT, (28 janvier 1887)[1],

Par M. Jules Cabouat, professeur à la Faculté de droit de Caen.

Le projet de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat a eu la rare fortune de rallier en un effort commun des esprits de tendances opposées et de convictions contraires.

[1] Dall. 88. 1. 461.

[1] Ce projet n'est que la réduction d'une proposition beaucoup plus vaste — elle embrassait à la fois la séparation de corps, sa procédure et les nullités de mariage — déposée dès le 12 juin 1884 par MM. Allou, Batbie, Denormandie et Jules Simon. (Doc. parl. Sénat, 1884, annexe n° 185, p. 259 et ann. n° 185 *bis*, *ibid.*, p. 567, Doc. Parl. 1885, Sén. ann. n° 150, p. 163, Rapport de M. Allou). Cette proposition avait été devancée par une pétition déposée par M. Naquet et renvoyée par la commission des pétitions (5 déc. 1884) à la commission du divorce, demandant pour la femme séparée de biens le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, d'acquérir et d'ester en justice sans l'autorisation de son mari. Objet

Digitized by Google

Ceux qui ont lutté pour le rétablissement du divorce ont adhéré à ce projet pour sauver leur œuvre d'abus possibles et lui assurer ainsi les plus grandes chances de durée[2]. Quant aux adversaires de la loi du 27 juillet 1884, leur adhésion a été principalement entraînée par le désir de garantir aux époux désunis une entière et effective liberté d'option entre le divorce et la séparation de corps[3]. Mais, en allégeant les effets civils du mariage pour les époux séparés, et principalement pour la femme, n'ont-ils pas eu la pensée de prendre une revanche de leur échec et d'en atténuer la portée; n'ont-ils pas eu le dessein de chercher dans l'amélioration du système actuel de la séparation de corps un moyen de lutter à armes égales contre ce qu'on a appelé les « séductions du divorce »[4]; et, s'il se peut, d'empêcher cette institution de prendre racine dans nos mœurs? Peut-être.

Que ces calculs de stratégie parlementaire et législative aient

d'une première délibération devant le Sénat, (séances des 13, 18, 19 juin 1885), cette proposition fut, dès le début de la seconde délibération (séance du 1er juillet 1885), renvoyée sur la demande du garde des sceaux), à l'examen du Conseil d'Etat; ce renvoi était motivé par la nécessité de procéder à de nouvelles études sur les dispositions concernant les nullités de mariage. Le Conseil d'État ayant cru devoir éliminer toute innovation sur ce sujet (avis du Conseil d'État, Doc. Parl. Sén. 1886, p. 380, rapp. de M. Flourens, *ibid.*, p. 377), et, la commission s'étant rangée à cet avis (Rapp. supplémentaire de M. Allou, Doc. Parl. Sén. 1886, ann. n° 21, p. 376), le projet s'est trouvé restreint au régime de la séparation de corps; et même sous ce rapport, la loi du 18 avril 1886 lui a enlevé, avant la reprise de la seconde délibération, une partie de son intérêt originaire (comp. les modifications proposées aux art. 876 et 878 du Code de Procédure civile, Doc. Parl. Sénat, 1886, p. 377, aux nouveaux art. 236 et 238 déclarés applicables à la séparation de corps par le nouvel art. 307 du Code civil).

Soumis à une nouvelle discussion (Séances des 18, 20, 25 et 28 janvier 1887, suite de la seconde délibération) le projet en sortit gravement modifié et, sous certains rapports, renouvelé. Transmis dans ce nouvel état à la Chambre des députés, (Doc. Parl. Chambre, 1887, ann. n° 1506, p. 290) il y a fait l'objet d'un rapport dû à M. Arnault, député (Doc. Parl. Chambre, 1887, ann. n° 2151, p. 438 et suiv.). Depuis cette époque, il a vainement attendu à l'ordre du jour l'épreuve d'une discussion publique.

[2] M. Naquet, Séance du 19 juin 1885, Sén. déb. Parl. 1885, p. 710 col. 1.

[3] M. Pàris, 18 janvier 1887, Sén. Déb. Parl. p. 22, col. 3.

[4] M. Allou, Séance du 18 janvier 1887, Sén. Déb. Parl. p. 15.

Digitized by Google

grandement contribué à la faveur des idées réformatrices, on ne saurait le nier; il fallait cependant des raisons plus profondes pour assurer leur succès final. Ainsi, beaucoup ne se sont résignés au divorce qu'à contre-cœur, le considérant comme un remède à certaines plaies domestiques sur lesquelles le législateur ne peut obstinément fermer les yeux; ceux-là préoccupés du sort de conjoints que des scrupules de conscience ou d'autres raisons font reculer devant une dissolution du mariage et confinent, au grand détriment de leurs intérêts, dans le régime incommode et équivoque de la séparation, communiqueraient volontiers à la séparation de corps quelques-uns des effets du divorce, ne fût-ce que pour lui enlever toute apparence tyrannique et réserver aux conjoints séparés une réelle indépendance de choix entre ces deux états [5].

Ce mouvement d'idées n'a rien qui doive surprendre, tant il semble, à en juger par leurs vicissitudes historiques, que ces deux institutions soient destinées à réagir l'une sur l'autre. Jusqu'ici en effet, tout événement relatif au divorce s'est presque immédiatement répercuté sur la séparation de corps, et réciproquement. Déjà la loi du 8 mai 1816 avait été suivie, l'année même de sa promulgation, d'un projet d'ensemble organisant la séparation de corps [6]; de même aujourd'hui on songe encore à l'améliorer au lendemain de la réapparition du divorce dans notre législation. Cette communauté de destinée est naturelle, si étroite est la connexité qui lie ces deux états, excessive cependant la différence des situations qui en dérivent; déterminés par les mêmes causes, donc destinés à remédier aux mêmes maux, l'esprit admet difficilement que leurs effets restent si différents; instinctivement, il tend à combler l'abîme qui les sépare. Faut-il céder à cette tendance ou bien lui résister? Tel est le point

[5] M. Léon Renault, 20 janvier 1887, Sén. Déb. Parl. p. 30, col. 3.

[6] Présenté le 7 déc. 1816, ce projet subit avec succès l'épreuve d'une première discussion devant la Chambre des pairs, (adoption du 28 décembre 1816), mais il n'eut aucune suite, faute d'avoir été soumis ultérieurement aux délibérations de la Chambre des députés. Voy. M. G. Bressolles. Examen de la proposition présentée au Sénat par MM. Allou, etc., sur les nullités de mariage et la séparation de corps, Recueil de l'académie de législation de Toulouse, t. 33, p. 199 et suiv.

Digitized by Google

essentiel du débat. S'il n'y avait à tenir compte que de la personne des époux, on pourrait songer à les affranchir de tous les effets civils du mariage, sauf un seul — l'incapacité de contracter une nouvelle union — restant comme une différence irréductible entre le divorce et la séparation de corps. Mais au fond, le problème est d'une plus grande complexité; on conçoit qu'on en puisse proposer des solutions multiples et très opposées.

Si l'on estime que la société conjugale n'est pas exclusivement et seulement aménagée pour les époux, mais en vue d'intérêts généraux de la famille durant autant que le mariage lui-même, et si l'on veut à tout prix maintenir cet effet spécifique de la séparation de corps qui est de détendre mais non de rompre les liens du mariage, on est porté à diminuer l'étendue des réformes dont la séparation de corps peut être l'objet; toute innovation produisant un relâchement excessif du lien conjugal compromettrait les intérêts de la femme, ceux des enfants, et, ce qui serait surtout regrettable, pourrait mettre, dit-on, de nouveaux et insurmontables obstacles à la reconciliation des époux. Si l'on envisage les choses de ce point de vue, on pourra bien à la rigueur accepter quelques réformes de détail tendant à protéger la femme contre les abus les plus criants de l'autorité maritale; mais, on se refusera à calquer d'une manière générale les effets de la séparation sur ceux du divorce [7].

Ces objections seront examinées plus tard; dès maintenant nous dirons: nous avons peine à croire qu'il y ait l'ombre d'une raison de sacrifier aucune amélioration de la législation actuelle à des chances de réconciliation de tout temps très faibles [8] et destinées à s'affaiblir encore s'il faut prévoir que la séparation de corps perdra tôt ou tard son caractère d'état permanent pour devenir un temps d'épreuve, une situation transitoire dont les époux sortiront plus souvent par une conversion de leur séparation en divorce que par un retour à la vie commune [9]. Au système restrictif

[7] M. Allou, 14 juin 1885, Sén. déb. Parl. 1885, p. 678, col. 3 et 18 janvier 1887, *ibid.*, p. 18, col. 1. M. Roger-Marvaise, 20 janvier 1887, *ibid.*, p. 34, col. 2 et 3.

[8] Voy. Treilhard, Exposé des motifs du titre du divorce, Locré, 5, p. 294 et 295.

[9] On a déjà proposé aux Chambres d'enlever aux tribunaux le pouvoir

Digitized by Google

qui vient d'être énoncé, nous en substituerons un plus libéral, nous efforçant d'établir qu'il ne compromet en réalité aucun des intérêts vitaux de la famille.

Mais, sur quels points précis faire porter la réforme? La loi du 6 décembre 1850 ayant fait cesser l'abus le plus excessif dont le mari pût être victime, une seule mesure nouvelle, d'ailleurs de portée secondaire, est proposée dans son intérêt [10], et la difficulté capitale du sujet reste la détermination précise de la condition juridique qu'il convient de donner à la femme séparée de corps.

Ceux qui persistent à maintenir une distinction tranchée entre le divorce et la séparation de corps, se contentent d'amender le fonctionnement de la puissance maritale [11]; d'autres plus hardis, nous les suivrons dans cette voie, proposent de restituer à la femme séparée son indépendance juridique [12].

A notre avis, la solution du problème n'est pas dans une suppression absolue de l'autorité maritale, laquelle serait contraire à cette idée fondamentale que la séparation de corps relâche le lieu conjugal sans le rompre; ce que nous demandons, c'est un démembrement rationnel de cette autorité, approprié au but tout

d'appréciation que leur laisse l'art. 310 nouveau du Code civil (Cass. 13 août 1885, Sir. 85. 1. 193 et notes de M. Labbé; Cass. 11 et 12 janvier 1887, Sir 88. 1. 374 et 375) et de rendre la conversion de la séparation de corps en divorce obligatoire pour le juge sur la demande de l'un ou l'autre des conjoints, demandeur ou défendeur. Voy. proposition de M. Naquet, modificative de l'art. 310, Sén. doc. parl. 1886, p. 76 ann. n° 6. Rapp. somm. de M. Ninard, ann. n° 108, *ibid.* p. 159 et rapp. de M. Naquet, *ibid.*, p. 278, ann. n° 319. Cette proposition ayant échoué au Sénat (séances des 20, 21, 23 et 24 octobre 1886) fut reprise par M. Saint-Martin, déposée à la Chambre des députés le 28 octobre 1886 et prise en considération le 8 mai 1887. Voy. rapp. de M. Saint-Martin, *J. Off.* 3 mai 1888, p. 697. Cons. sur ce sujet, Saint-Marc. *De la conversion des jugements de la séparation de corps en jugements de divorce*, *Rev. crit.* 1885, p. 227 à 234.

[10] Art. 311 du projet : « Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari... »

[11] Tel était le système élaboré pas la Commission du Sénat.

[12] Pour le développement de cet ordre d'idées, cons. l'avis du Conseil d'Etat et les rapports de MM. Flourens et Arnault, *loc. cit.*

Digitized by Google

spécial que nous avons en vue ; et, le principe générateur de cette réforme nous paraît contenu dans l'analyse suivante des divers éléments de la puissance du mari. « Il y a dans la suprématie du mari, dit M. Gide, deux éléments bien distincts, l'élément moral et l'élément juridique. Que la femme doive être soumise à l'homme qui est tenu de la protéger, c'est là un principe de morale consacré par le consentement de tous les peuples, un de ces axiomes primordiaux qui sont au-dessus de toute attaque; mais que la femme ne puisse faire un acte juridique sans l'autorisation formelle du mari, ce n'est plus là qu'un règlement de droit positif qui, loin d'être universellement admis, n'a jamais pu trouver place dans cette loi si sage et si complète qu'on l'a appelée la raison écrite[13]. »

De ce lumineux aperçu nous déduirons l'ordre de nos développements et les conclusions suivantes :

1° Sanction de l'autorité tout arbitraire et contingente du mari à l'égard du patrimoine de la femme, l'incapacité purement juridique établie par les art. 215 et suiv. du Code civil, doit prendre fin avec la vie commune des époux.

2° Conséquence nécessaire du mariage, l'autorité du mari sur la personne de la femme ne peut être modifiée que dans une très faible mesure par la séparation de corps. En principe, elle subsistera avec son étendue actuelle.

I.

Établissons d'abord la nécessité de cette grave réforme. On sait que dans la loi qui nous régit, la séparation de corps ne détruit aucun effet essentiel du mariage et, par voie de conséquence, laisse subsister la puissance maritale. Toutefois, la séparation de biens énoncée par l'art. 311 comme une conséquence légale de la séparation de corps confère à la femme certains pouvoirs d'administration dont les effets bien qu'assez vaguement mesurés par l'art. 1449, sont généralement regardés comme conciliables, théoriquement du moins, avec le maintien de la puissance maritale. Acceptant provisoirement cette manière de voir, nous supposerons que l'incapacité découlant du mariage aux ter-

[13] Gide, *Condition privée de la femme;* édit. Esmein, p. 468.

Digitized by Google

mes des art. 215 et suiv., survit à la séparation de corps, identique d'essence à ce qu'elle était avant cet événement. Donc, sans rechercher dès maintenant si l'autorité du mari n'est pas, comme nous tenterons de l'établir plus loin, diminuée en fait par l'effet de l'art. 1449, nous constaterons volontiers, d'autant mieux que cette constatation fait tout l'intérêt de la discussion, qu'elle conserve de fréquentes et notables occasions de se manifester. Que la femme désire aliéner ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, même pour l'établissement de ses enfants, s'obliger en vue d'une d'une cause étrangère à l'administration de ses biens, ester en justice, etc., dans tous ces cas, elle devra requérir et obtenir l'autorisation de son mari ou à son défaut, celle de justice. L'autorité maritale conserve donc après la séparation de corps d'importants effets. Mais, est-elle exercée sans aucune aggravation de fait? Les circonstances qui ont amené la rupture, la situation nouvelle qu'elle a violemment créée permettent de le craindre; et les faits confirment ces prévisions pessimistes.

Après la séparation de corps, l'autorité du mari ne peut plus être ce pouvoir de contrôle tempéré par l'affection réciproque des époux, auquel la femme se soumet de bonne grâce, car elle le sait institué et exercé aussi bien pour elle-même qu'en vue des intérêts généraux de la famille. Au témoignage des hommes de pratique, elle n'est trop souvent qu'un instrument d'oppression et une occasion de froissements nouveaux pour les époux désunis. Toutes les fois que les exigences de la loi actuelle contraignent la femme à solliciter de son mari l'autorisation nécessaire pour être habilitée à faire un acte excédant les limites de sa capacité, l'obligation de cette démarche qu'elle acceptait autrefois comme une marque de déférence due au chef de la famille, devient pour elle une intolérable humiliation, et elle s'y plie avec d'autant plus de peine que l'autorité du mari peut à bon droit lui être devenue suspecte. Quant au mari, vainqueur ou vaincu dans la lutte judiciaire dont la séparation a été le dénouement, tantôt il ne verra dans l'exercice de son autorité qu'un moyen de faire sentir à la femme le poids de sa suprématie légale, alors il se fera un jeu de suspendre sa décision et de prolonger son examen au-delà de tout nécessité pour infliger à la requérante l'ennui

Digitized by Google

et l'humiliation de l'attente ou lui causer les embarras d'un recours à la justice; tantôt, s'il est à la fois peu scrupuleux et avide, le mari tarifera la concession de son autorisation, il en fera la condition de marchés périodiques et la source de revenus assurés si l'état du patrimoine de la femme nécessite fréquemment des actes de disposition ou l'exercice d'actions judiciaires [15].

Or, il est rare qu'après la séparation de corps, l'une ou plusieurs de ces causes ne pervertissent pas l'exercice de la puissance maritale; jusqu'ici, elles ne se sont montrées que trop agissantes, elles ont suscité de vives réclamations qui ont enfin pris corps dans le présent projet de réforme législative. Mais, si le mal est patent, divers sont les remèdes proposés pour le combattre. L'accord est loin d'être fait entre les partisans les plus convaincus de l'urgence d'une réforme; rien ne le montre mieux que les divergences profondes dont les délibérations du Sénat portent de nombreuses traces, et surtout le résultat assez indécis auquel elles ont abouti. Après une discussion approfondie, la Chambre haute s'est prononcée en faveur d'un système mixte, combinaison transactionnelle de deux projets élaborés, l'un par la commission sénatoriale, l'autre par le Conseil d'État. Comme il est vraisemblable que le même choc d'idées se produira plus tard devant le parlement, si jamais ce projet y vient en discussion, nous examinerons successivement les opinions en présence et nous donnerons la priorité au projet de la commission du Sénat, qui est celui dont les dispositions dérangent le moins l'économie du Code civil.

II.

L'idée directrice de ce projet est qu'il suffirait, pour couper court aux abus de l'autorité maritale, d'en remanier simplement le mode d'exercice. En l'absence d'aucun tempérament légal applicable à la séparation de corps, la femme peut être aujourd'hui obligée de gravir en quelque sorte deux degrés de juridiction avant d'obtenir l'autorisation qui lui est nécessaire. D'après

[15] Voy. M. Allou, rapp. *passim*, et séance du 18 janvier 1887, p. 17 col. II, M. Pàris, p. 21, col. II et M. Denormandie, p. 23, col. I, et Conf. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. III, n° 2191.

Digitized by Google

les art. 217, 218 et 219, elle doit d'abord solliciter l'approbation de son mari à l'acte judiciaire ou extrajudiciaire par elle projeté; c'est seulement après avoir échoué dans cette première démarche et en avoir fait constater authentiquement l'insuccès par une sommation suivie de refus ou de silence, qu'il lui est permis d'adresser une requête au président du tribunal de son domicile (art. 861 et 862, C. pr. civ.) et de saisir l'autorité judiciaire chargée de peser en dernier ressort les motifs de la résistance du mari et de la vaincre lorsqu'elle est mal fondée.

Pour épargner à la femme cette procédure vexatoire, coûteuse et prodigue en déceptions de toutes sortes, la commission lui ouvre le choix entre deux partis : ou s'en tenir au système actuel, donc suivre si elle le préfère la marche tracée par les dispositions des Codes civil et de procédure, c'est-à-dire solliciter au préalable l'autorisation du mari et ne demander que subsidiairement celle de justice; ou, en cela consiste l'innovation, requérir directement et immédiatement l'autorisation judiciaire lorsqu'elle redoute de ne pouvoir être habilitée par la voie amiable, avec ce correctif cependant que le mari devra toujours être prévenu de cette demande et mis en demeure d'intervenir s'il croit devoir la combattre [16].

[16] Voici les formules successives de cette idée :

Texte de la commission. Art. IV. L'article 1449 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit, alin. 3 : Elle peut à son gré demander à son mari ou demander directement au tribunal par requête toutes les autorisations nécessaires pour ester en justice, pour l'aliénation de ses immeubles ou de ses valeurs mobilières, pour toutes acquisitions, emploi ou remploi, et généralement pour toutes les mesures que ses intérêts peuvent exiger. Dans ce cas, la femme devra faire notifier copie de sa requête au mari avec mise en demeure d'intervenir si bon lui semble. — Le mari fera connaître par exploit signifié à la femme, au domicile de l'avoué constitué dans la requête, son intention d'intervenir; alors, il sera donné suite à la procédure d'autorisation, conformément aux articles 861 et suivants du Code de procédure civile. — Huit jours après la signification de la requête, à défaut de notification du mari, le tribunal statuera en chambre du conseil. (Ann. 21, *loc. cit.*) Projet adopté : L'article 1449 est modifié ainsi qu'il suit : alin. 4 : La femme séparée de corps, qui n'a pas recouvré l'exercice de sa capacité civile peut, à son gré, demander à son mari ou demander directement au tribunal, par requête, les autorisations dont elle aurait besoin pour toutes les mesures que ses intérêts peuvent exiger. — L'art. 861 du Code de pro-

Digitized by Google

Le trait distinctif de ce projet de réforme est de conserver intact le principe de l'autorité maritale dont le fonctionnement pratique est plutôt simplifié que gravement altéré, car il reste entendu que le tribunal ne pourra statuer sans s'être éclairé des explications du mari et l'avoir mis à même de déduire en chambre du conseil les raisons qui militent à son avis contre le projet dont la femme demande l'exécution.

On peut critiquer la timidité de cette réforme qui s'analyse en une simple modification de l'art. 861 du Code de procédure civile, obtenue elle-même par une adaptation nouvelle du texte de l'art. 219 du Code civil à la séparation de corps [17]. Toutefois, on ne lui marchandera pas le mérite de remédier à certains des inconvénients signalés plus haut. Par la simplification dont elle fait bénéficier la procédure des demandes d'autorisations, elle réalise un gain notable sur la législation en vigueur. Car, dès que la femme aura quelque raison de prévoir un refus ou de redouter des lenteurs calculées, il lui sera possible sans perte de temps et sans frais préliminaires de s'adresser directement aux tribunaux, lesquels prendront l'avis du mari et sans retard substitueront leur autorisation à son refus toutes les fois que celui-ci leur paraîtra empreint d'un esprit d'opposition malveillante et taquine.

Je dirai cependant que la commission paraît n'avoir été frappée

cédure civile est complété ainsi qu'il suit : al. 2 : Au cas prévu par le dernier alinéa de l'art. 1449 du Code civil, la femme devra faire notifier copie de sa requête au mari, avec indication des jours et heures indiqués par le tribunal et mise en demeure d'intervenir, si bon lui semble. » Avec une plus grande simplicité dans les termes, et une énumération moins minutieuse, mais encore suffisante, des formalités nécessaires, on voit que le texte adopté reproduit la proposition de la commission pour le seul cas où le Sénat a maintenu le principe de l'autorisation maritale après la séparation de corps.

[17] L'article 219 du Code civil contient une disposition très voisine de celle proposée par la commission et adoptée par le Sénat; ce texte admet en effet la femme à « citer son mari directement devant le tribunal » aux fins d'autorisation. Il était nécessaire qu'une loi nouvelle remît cette disposition en vigueur; l'avis général étant que l'art. 219 a été modifié sur ce point par l'art. 861 du Code de procédure. Aubry et Rau, t. V, § 472, note 32. Demolombe, t. IV, n. 250. — Laurent, t. III, p. 177.

Digitized by Google

que d'une partie, et la moindre, des difficultés de la situation; ainsi, il semble qu'elle ait pris exclusivement à tâche de simplifier les demandes d'autorisation, et d'en assurer le succès par les voies les plus rapides. Mais, cette latitude qu'elle laisse à la femme séparée d'opter à son gré entre l'autorisation du mari et celle de justice, est pleine de dangers; je la critiquerai comme contraire à l'idée inspiratrice du projet; car, si l'on estime, et la commission est de cet avis, que l'inexpérience féminine a besoin d'être constamment guidée et soutenue par un pouvoir de contrôle organisé au moins autant dans l'intérêt de la femme que dans celui de la famille, faciliter et seconder l'obtention de l'autorisation maritale n'est qu'un point secondaire; le point capital est d'assurer par de sages précautions législatives l'impartialité de l'autorité sous laquelle elle est placée.

Or, il est douteux qu'après la séparation de corps le mari continue d'offrir, du moins en règle générale, cette garantie nécessaire. L'expérience montre que dans cette situation l'octroi de l'autorisation maritale est souvent plus nuisible que son refus. Il est possible que le mari auquel les intérêts de la femme sont devenus indifférents ou même odieux accorde sans compter, sans contrôle sérieux et par système, toutes les autorisations qui lui seront demandées avec l'arrière-pensée de favoriser les instincts dissipateurs de la femme et de la pousser à la ruine [19]. Si telle est son intention, aucune disposition légale ne l'empêchera de prêter un concours systématique à la consommation d'opérations désastreuses, aucune autorité supérieure n'ayant dans le système de la commission pas plus que dans celui du Code civil à contrôler ni à redresser le sens dans lequel le mari use de ses pouvoirs.

Puis, dans une législation dont le regrettable silence conduit à décider que le mari peut, par sa seule volonté, habiliter la femme à s'engager envers lui-même ou dans son intérêt [20] — sauf les restrictions mises par la loi à la liberté des contrats entre époux — n'est-il pas urgent d'enlever à ses pouvoirs un mode d'exer-

[19] Gide, *op. cit.* p. 432, note 4.

[20] Aubry et Rau, t. V, p. 148. Demolombe, t. IV, n° 231. Laurent, t. III, p. 173 et Gide *op. cit*, p. 433.

Digitized by Google

cice déjà dangereux entre conjoints unis, mais se prêtant aux abus les plus criants après la séparation de corps? Sinon, poussé ou peut-être dominé par le souci de ses intérêts personnels, le mari sera trop souvent enclin à leur donner le pas sur ceux de la femme dont la loi continue de lui confier la garde. Tels sont les inconvénients inhérents à l'exercice personnel de l'autorité maritale, assez graves si l'on juge nécessaire, comme le pense la commission sénatoriale, de protéger la femme contre ses propres entraînements, pour lui valoir un surcroît de garantie et la protection d'un contrôle exercé par une autorité dont la mission serait d'apprécier soit au lieu et place du mari, soit concurremment avec ce dernier, la convenance et l'opportunité des actes juridiques susceptibles de mettre en jeu la consistance ou l'avenir de son patrimoine. A défaut de cette intervention permanente et obligatoire d'un contrôle nettement défini, non-seulement les intérêts pécuniaires de la femme restent abandonnés au mari, mais en outre, si la question d'habilitation peut être traitée et tranchée entre époux, n'arrivera-t-il jamais, ce qui doit être à tout prix évité, que la femme offre spontanément au mari quelque avantage ou soit contrainte de s'imposer quelque sacrifice d'argent, afin d'enlever comme par surprise l'autorisation dont elle a besoin pour exécuter telle opération inutile ou ruineuse que la justice eût sagement interdite. Ainsi échappe toute garantie contre les éventualités de marchandage si fortement signalées par les orateurs de la commission [21]. A vrai dire, l'aboutissement rationnel et logique de l'idée mère de leur projet — maintien et réforme de l'autorité maritale — eût été de la soumettre à de nouvelles conditions d'exercice contenues dans l'une ou l'autre des solutions suivantes : ou retirer au mari le pouvoir de conférer à la femme aucune autorisation et transférer cette prérogative à l'autorité judiciaire [22],

[21] M. Flourens, Rapp. présenté au nom du Conseil d'État, *loc. cit.* p. 380, col. 1.

[22] Proposition originaire déposée le 12 juin 1884, ann. 185. Art. 2. La femme ne sera pas obligée pour contracter ou ester en justice de demander l'autorisation de son mari; mais, elle sera tenue dans les cas où elle ne pourrait contracter ou ester en justice sans autorisation maritale, de demander l'approbation du tribunal, qui sera saisi par requête et statuera en la chambre du conseil, le ministère public entendu.

Digitized by Google

ou, mesure moins grave, respecter les droits du mari et se contenter d'en soumettre l'exercice au contrôle des tribunaux [23]. Toutefois on ne voit pas qu'il ait été fait aucune part à l'application de l'un ou de l'autre de ces systèmes. Et cependant dès le début de leurs travaux, les auteurs de la proposition originaire en avaient compris la justesse; car, après quelques hésitations sur le choix d'un agent de contrôle supérieur et faute d'en trouver un meilleur que l'autorité judiciaire [24], ils s'étaient décidés à substituer l'autorisation de justice à celle du mari pour la femme séparée de corps.

Pourquoi cette innovation a-t-elle été ultérieurement abandonnée et surtout pourquoi n'a-t-elle pas été maintenue par la commission du Sénat dominée, comme la plupart de celles qui s'occupent de remanier nos lois civiles, par le scrupule exagéré de sauver le Code civil de toute atteinte subversive, même en cas de nécessité avérée [25]. Cette innovation n'était-elle pas assez conforme à l'esprit général de la loi alors qu'il est déjà fait appel à l'autorité judiciaire pour apprécier les causes de refus d'autorisation (art. 218 et 219), et que des textes formels (art. 221, 222 et 224) réglant autant d'hypothèses où le mari est, pour des raisons diverses, hors d'état de prendre en main les intérêts de la femme et de formuler à leur égard une opinion réfléchie, impartiale ou même quelconque, lui substituent la justice pour autoriser la femme soit à passer un acte, soit à exercer une action judiciaire? En présence de ces décisions multiples, quoi de plus simple que de déléguer l'autorité judiciaire dans l'exercice des

[23] Ces deux systèmes concordent en ce point qu'ils confèrent l'un et l'autre à la justice le pouvoir effectif d'habiliter la femme, mais avec une différence de procédure qu'il ne faut pas oublier. Le premier, en effet, permet à la justice de statuer sans entendre le mari; le second au contraire exigerait que le mari fût cité et mis en demeure de fournir au tribunal les éclaircissements nécessaires sur toute demande d'autorisation.

[24] Pour quelles raisons a-t-on écarté toute intervention d'un conseil de famille dont on peut observer que l'art. 2144, C. civ., contient le germe? Voy. ann. 185, *loc. cit.* p. 260, col. 1.

[25] Le texte modifié de la proposition de MM. Allou, etc., remplace le texte de la proposition originaire par une rédaction nouvelle de l'art. 1449 adoptée plus tard par la commission, ann. 185 *bis* rectifié. Sén. Doc. Parl. 1884, p. 567.

Digitized by Google

pouvoirs du mari, tant de raisons faisant craindre qu'il soit devenu incapable ou indigne de les exercer?

Aucune de ces analogies n'a cependant été invoquée et avec raison, car aucune d'elles n'est convaincante. D'abord, il est douteux que cette règle suivant laquelle l'incapacité (interdiction, minorité) ou l'indignité (condamnation criminelle) du mari transfèrent à la justice le pouvoir d'habiliter la femme, doive être étendue au mari séparé de corps qui, par hypothèse, n'est pas nécessairement incapable ou indigne d'émettre une volonté réfléchie ou d'exercer personnellement son autorité. Certainement, il est suspect; mais, il y aurait exagération à soutenir que cette suspicion exige qu'il soit entièrement dépossédé de ses pouvoirs alors surtout que la séparation de corps a pu être prononcée à son profit. Cette situation ne saurait donc justifier une disposition aussi sévère que celle de l'art. 221 [26]; mais du moins n'aurait-elle pu motiver l'adoption de la seconde solution indiquée plus haut, moins rigoureuse pour le mari et créant entre lui et l'autorité judiciaire ce partage d'attributions, ce contrôle permanent que la commission devait organiser pour obéir selon nous à l'enchaînement logique de ses idées [27]? Quoi qu'il en soit, aucun système de ce genre n'a été proposé, de même que la proposition originaire a été retirée sans doute parce qu'on a vu trop clairement les raisons péremptoires de les écarter. Tous deux sont d'abord, quoiqu'à des degrés divers, destructifs de l'action personnelle du mari, et, sous ce rapport, inconciliables avec le maintien de l'autorité maritale que la commission désire essentiellement conserver dans son intégrité. Puis, sans parler des frais et des lenteurs inhérents à la mise en œuvre de ces deux solutions, est-il besoin d'insister longuement sur leur défaut capital qui est de fausser le rôle de l'autorité judiciaire par une extension démesurée et jusqu'ici inconnue de

[26] M. Allou, rapp., ann. 150, Sén. Doc. Parl. 1885, p. 164, col III.

[27] Sans que l'adoption de ce système ait pour résultat d'enlever au mari son droit personnel d'autorisation, pour les cas où la loi (art. 1556) ou son esprit (engagement théâtral, exercice d'action en revendication d'un propre aliéné par le mari, autorisation de faire le commerce ; Voy. Aubry et Rau, t. V, § 472, notes 30 et 31, § 510, note 26; Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 91) permettent de décider qu'il n'appartient pas à la justice de donner une autorisation supplétive.

Digitized by Google

ses attributions. Car, en dehors des cas d'indignité caractérisée ou d'incapacité notoire, il n'est pas douteux que la justice n'ait pas qualité pour s'immiscer dans les affaires des conjoints, ni exercer d'autre mission que celle de corriger dans ses abus ou de modérer dans ses manifestations oppressives le pouvoir domestique du mari. Pour assurer l'accomplissement de cette fonction, il suffit de lui reconnaître le pouvoir de vaincre une mauvaise volonté évidente ou de déjouer des manœuvres purement tracassières; mais, aller au delà et, d'une façon permanente, la substituer ou seulement l'associer au mari dans l'exercice de ses droits, c'est, au premier cas, tout conserver de la puissance maritale, sauf le moteur essentiel qui est le mari [28], au second, préparer un conflit entre autorités rivales. Dans les deux hypothèses c'est faire sortir la justice du cercle ordinaire de ses attributions et la doter d'une faculté d'immixtion dans les affaires des conjoints, nécessairement inquisitoriale et peut-être plus vexatoire que le maintien pur et simple de la législation existante [29].

En résumé, la commission aurait dû reculer devant les conséquences logiques de ses idées, si tant est qu'elle ait jamais eu la velléité de les poursuivre, faute de pouvoir leur donner une organisation acceptable et pleinement protectrice des intérêts de la femme. Sagement, elle s'est bornée à proposer une réforme de pur détail et de simple procédure qu'elle-même a dû avoir quelque peine à considérer comme le dernier terme des améliorations qui puissent être apportées à la condition juridique de la femme séparée de corps.

Donc, nous écartons cette première théorie à raison de son insuffisance pratique; et si, dans la suite, il nous arrive de faire un grand nombre d'emprunts, tant aux rapports qu'aux discours où elle se trouve développée, ce ne sera que pour étudier les objections que ces documents contiennent contre la solution beaucoup plus large que nous nous réservons d'appuyer.

III.

Chargé d'examiner l'œuvre de la commission dans l'intervalle

[28] M. Léon Renault, Sén. Déb. Parl. 1887, p. 28, col. III.

[29] M. Pàris, Sén., Déb. Parl. 1887, p. 21, col. III.

Digitized by Google

des deux délibérations dont elle a été l'objet devant le Sénat, le Conseil d'Etat ne lui a pas ménagé les critiques et finalement l'a rejetée.

Atteignant d'emblée la limite extrême des réformes possibles, le Conseil d'État propose que la femme séparée recouvre une capacité civile pleine et entière; il l'affranchit de la sujétion à laquelle l'astreint le Code civil et la déclare juridiquement indépendante dans la sphère des intérêts pécuniaires [30].

Cette proposition dont la hardiesse ne manquera pas de troubler plus d'un juriste mérite un examen d'autant plus attentif qu'elle fait table rase de toute une catégorie d'idées auxquelles on prête de confiance une importance primordiale; elle est de la plus haute gravité dans une législation qui, à l'exemple de la nôtre, investit la femme de droits patrimoniaux égaux à ceux de l'homme; elle aurait pour résultat de lui octroyer, ainsi que le dit formellement le texte du projet, l'entier exercice des droits civils.

Cette proposition est déduite des traits généraux de la condition juridique de la femme. En effet, à quelques exceptions près concernant des « droits placés entre la région des droits civils qui « appartiennent tous à la femme, et celle des droits civiques et « politiques qui lui sont refusés, » la femme est devenue dans la législation moderne l'égale juridique de l'homme [31].

Dans l'ordre des droits de famille, la femme est apte, à peu près au même titre que l'homme, à exercer les droits de puissance domestique sur la personne de ses enfants. Veuve, elle succède à l'ensemble presque complet des prérogatives de la puissance paternelle (C. civ., art. 149, 397, 384. Voy. cependant 381, 386, 391). En dehors du mariage, la mère naturelle est

[30] Rapport de M. Flourens, *loc. cit.*, p. 380, col. 3. Voy. la déclaration par laquelle M. Gonse, commissaire du gouvernement, s'est rallié à l'amendement de M. Pàris qui reproduit le système du Conseil d'État. Conf. le projet déposé par la commission de la Chambre des députés : « Art. 3. La sé« paration de corps emporte toujours la séparation de biens — elle a en « outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité « civile sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou « de justice. »

[31] Gide, *op. cit.* p. 421. M. Léon Renault, Séance du 20 janvier 1887, p. 27, col. 3, p. 30.

Digitized by Google

investie, sauf une exception notable (art. 158), de droits égaux à ceux du père, les tribunaux ayant mission de trancher les conflits qui surgissent à l'occasion de leur exercice (arg. art. 302). Durant le mariage, il est, vrai, le droit du père l'emporte (article 373), sur celui de la mère; mais, cet effet de la suprématie maritale ne concerne que les enfants communs; sur ceux d'un premier lit, la veuve remariée conserve l'intégralité de ses droits de puissance, de même sur ses enfants naturels dont la reconnaissance peut, sauf limitation de ses effets, intervenir valablement du chef de la mère, sans aucune autorisation, au cours du mariage; et, encore, la prépondérance du mari cesse-t-elle de s'exercer en cas d'absence, d'interdiction ou par l'effet de condamnations criminelles ou de déchance, autant d'événements dont le résultat est de confier à la femme la direction de la famille (art. 141, 149, 2, C. com.; et loi du 24 juillel 1889, art. 1, 2 et 9).

Dans l'ordre des intérêts pécuniaires, elle a conquis la pleine capacité de contracter (art. 388, 488) [32] et, en même temps que l'égalité des droits héréditaires (art. 745, C. civ. et sanction du principe, art. 791, 1050, 1389), la libre disposition de son patrimoine qui d'ailleurs n'aurait pu lui être refusée sous peine de « paralyser la moitié de la fortune publique [33]. »

Ainsi, fille, veuve ou divorcée, la femme échappe au traditionnel soupçon d'inexpérience et de légèreté; douée, pourvu qu'elle soit majeure, si d'ailleurs on néglige quelques vestiges de ce qu'on appelait jadis la supériorité du sexe (art. 37 et 442, § 3, C. civ., loi du 25 ventôse an XI, art. 9), d'une capacité civile aussi étendue que celle de l'homme. Mariée, elle conserve, quoique incapable, une notable liberté d'action pour l'exercice de certains droits pécuniaires (art. 226, 905-2°, 940, 1096, 2139). D'où l'on conclut que si l'état de mariage la frappe encore d'incapacité, ce n'est plus comme autrefois pour l'asservir à raison d'une présomption d'infériorité d'esprit qui manifestement a cessé d'inspirer notre législation, mais pour de tout autres raisons qu'il

[32] Voy. cependant art. 113, C. com., qui conserve une certaine valeur d'application, même depuis l'abolition de la contrainte par corps. Lyon-Caen et Renault, t, I., n° 1077 *in fine*.

[33] Gide, *op. cit.*, p. 417.

Digitized by Google

importe de dégager. Au fond, dit-on, la dépendance de la femme à l'égard du mari ne peut se comprendre, tels sont d'ailleurs ses premiers traits historiques [34], que comme conséquence de l'établissement d'une certaine communauté d'intérêts entre époux et moyen d'assurer à la direction de l'association conjugale les avantages de l'unité de vues et de volonté [35].

Que si les effets de l'incapacité vont, dépassant la sphère des intérêts proprement conjugaux ou communs, jusqu'à discipliner l'activité juridique de la femme à l'égard de son patrimoine personnel, c'est qu'il n'est à peu près aucun de ses actes relatifs à cet objet qui ne puisse, si l'on n'y prend garde, soit entraver l'exercice des pouvoirs d'administration que le régime matrimonial a pu donner au mari sur ses biens, soit gêner son initiative et compromettre par contre-coup le succès des combinaisons qu'il a pu former pour la gestion des affaires communes. Au fond, l'incapacité de la femme procède de cette idée simple que dans une société de deux personnes, il faut, aussi bien pour éviter les conflits sans issue que pour rendre possible l'administration du fonds social, donner à l'un des associés une influence prépondérante; et cette prérogative ne pouvait être mieux placée que dans les mains du mari tout naturellement appelé par ses aptitudes et sa connaissance habituelle des affaires à la direction supérieure des intérêts du ménage.

On aurait pu ajouter qu'en fait l'incapacité n'établit pas nécessairement entre les deux époux un rapport de subordination aussi tranché que le donnerait à croire l'économie de la loi actuelle; pratiquement, le mari est loin d'être le chef autocratique de la société conjugale et, à supposer, ce dont il est permis de douter, la loi même contenant une disposition formelle sur les obligations contractées par la femme en vertu d'un mandat exprès ou tacite du mari (art. 1420), qu'il ait été dans la pensée

[34] Gide, *op. cit.*, p. 469 et suiv.

[35] La raison d'être de l'autorisation maritale réside exclusivement — et sur ce point il n'y a pas de contestation — dans la nécessité d'assurer l'unité de direction dans cette société de deux personnes qui se forme par le mariage et qui s'appelle l'association conjugale, unité indispensable à la paix et à l'honneur du ménage commun à la bonne gestion des intérêts matrimoniaux. M. Flourens, rapp. *loc. cit.* p. 380, col. 2.

Digitized by Google

des auteurs du Code civil de dénier à la femme aucun rôle dans la conduite des affaires communes ou de méconnaître la part effective qu'elle y peut prendre, les mœurs auraient depuis longtemps redressé une théorie aussi contraire à l'égalité civile et morale des époux. Car, il n'est guère de ménages où tout projet de caractère juridique, toute affaire concernant le patrimoine propre de l'un des conjoints, ou affectant leurs intérêts collectifs, ne soient l'objet d'une entente résultant de délibérations communes. Loin d'être hiérarchisés, les époux concourent, sur le pied d'une égalité au moins morale, à la gestion de leurs intérêts communs ou personnels. Par là s'explique, en partie du moins, l'absence d'aucune obligation de rendre compte pour le mari considéré comme chef de la communauté; préciser la part de responsabilité qui peut lui incomber dans la dissipation de l'actif commun et la mettre à sa charge eût été d'une difficulté insoluble, tant est fréquente la participation des deux époux à la conduite plus ou moins sage des affaires de la communauté [36].

Et, cette collaboration n'est pas que l'effet purement volontaire et nullement nécessaire du degré de confiance réciproque qu'ils peuvent mutuellement s'accorder ; elle est encore déterminée par l'existence de l'hypothèque légale dont les effets présents ou éventuels contraignent le mari, soit qu'il aliène ou hypothèque un de ses immeubles propre ou commun, soit même qu'il contracte une obligation purement personnelle, à réclamer le concours juridique de la femme pour donner pleine sécurité au tiers avec qui il traite. « Il est utile (ce concours) aux créanciers dont « le gage pourrait sans cela être absorbé par les reprises dotales; « il est utile aux acheteurs pour les décharger de la purge légale « et les prémunir contre les dangers d'une surenchère [37]. Il y

[36] Voy. Colmet de Santerre, t. VI, n° 65 *bis*, III, p. 142. Juste en soi, cette idée contient des conséquences que le savant auteur répudierait certainement; car s'il est vrai que les deux époux exercent une influence plus ou moins partagée sur les destinées de la communauté, comment admettre que la femme renonçante puisse, lors de la dissolution, retirer sa fortune propre, franche et quitte de dettes à la naissance desquelles elle a virtuellement participé en qualité d'associée?

[37] La loi du 15 février 1889 est destinée à mettre fin dans l'intérêt de l'acquéreur d'immeubles aux divergences de la jurisprudence sur l'interpré-

Digitized by Google

« a plus encore : grâce à la jurisprudence actuelle qui a fort « sagement étendu l'hypothèque légale sur les conquêts de la « communauté, le mari en fait ne peut plus disposer seul des « biens communs : ici encore, il est sans cesse obligé de solliciter « l'intervention de sa femme... De nos jours comme au moyen- « âge, les deux époux en communauté, dans tous les actes impor- « tants de la vie civile, stipulent ou s'engagent en commun ; de « même que la femme n'agit jamais sans l'autorisation de son « mari, le mari, de son côté, n'agit presque jamais sans le con- « cours de la femme; la collaboration est incessante entre les « deux associés[38]. »

Donc, en dehors de sa fonction principale, qui est de donner à la femme de sérieuses garanties pour la conservation de ses droits, l'hypothèque envisagée sous d'autres aspects est pour elle un puissant moyen d'action et d'influence sur certains actes du mari. Par son application aux conquêts, elle l'associe activement à l'administration de la communauté au point qu'il est en son pouvoir de favoriser en de retarder sinon de faire échouer un grand nombre de combinaisons du mari; en tant qu'elle porte

tation de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. Voy. sur cette loi récente, Didier, *le Droit*, 14, 15 et 16 juillet 1889.

[38] Gide, *op. cit.*, p. 482. Le rôle pratique de l'hypothèque légale fournit au même auteur le thème d'une ingénieuse comparaison entre cette sûreté et le douaire. Il est remarquable que ces deux droits, dont aucun n'a été directement créé pour favoriser la participation de la femme à la gestion des affaires communes, ou lui permettre de veiller à la conservation des biens du mari, se sont, comme d'eux-mêmes, détournés du but précis de leur institution pour produire ces résultats ; mais le douaire d'une manière particulièrement énergique, car il s'analyse pour la femme en une acquisition d'usufruit sous condition de survie, s'accomplissant, dit l'article 248 de la Cout. de Paris « au jour des épousailles et bénédiction nuptiale » avec cette conséquence qu'aucune aliénation ultérieure ou décret pratiqué par un créancier postérieur à la constitution du douaire ne peut lui faire grief sans le consentement de la femme. (Renusson, *Traité du douaire*, ch. III, n° 72, ch. X, n°s 1 et 2. Laurière, sur l'art. 249 de la cout. de Paris, t. II, p. 261. Pothier, Introd. au t. XII de la cout. d'Orléans, § VI, n° 51 et *Traité du douaire*, n°s 84, 85, 91). Tandis qu'au contraire l'hypothèque du Code civil n'ayant de valeur que comme garantie des créances de la femme contre le mari prend rang à des dates diverses dont certaines de beaucoup postérieures à la célébration du mariage (art. 2135).

Digitized by Google

sur les biens de ce dernier, elle rétablit au profit de la femme, pour partie au moins, l'équilibre rompu par la puissance maritale ; elle l'investit d'un droit de contrôle et de surveillance tendant à la conservation des biens immobiliers de son conjoint, droit corrélatif à l'autorité et aux pouvoirs dont celui-ci dispose à son égard tant en vertu de l'art. 217 que comme conséquence des divers régimes matrimoniaux.

Ainsi est atténuée, autant par l'effet des mœurs que par l'art. 2121, la rigueur du principe qui soumet le plus grand nombre des actes juridiques de la femme à la condition essentielle d'une autorisation du mari. En règle, chaque décision de quelque importance est l'œuvre collective et anonyme des époux, l'expression extérieure d'un arrangement librement débattu dont l'exécution seule appartient au mari ou à la femme suivant le patrimoine auquel elle se réfère.

Ceci posé, la survivance de l'incapacité pendant la séparation de corps apparaît comme une erreur de logique qu'il faut sans retard rayer de nos lois. Dérivant de la communauté d'intérêts qui l'explique, liée à la communauté de vie qui la tempère, liée enfin « non plus à cet ensemble qui s'appelle le mariage, mais à la vie conjugale, en ménage », l'incapacité ne pourrait sans danger être isolée de cette condition d'existence et de cette garantie maîtresse. Avec la désunion des époux, une situation nouvelle s'est créée qui prive la puissance maritale des conditions nécessaires à son fonctionnement régulier. L'antagonisme moral des personnes autant que leur dispersion physique s'opposent à toute entente et enlèvent à l'autorité maritale un contre-poids à défaut duquel elle ne peut que dégénérer en un joug oppressif. Puis, aux termes de l'art. 311 la séparation de corps emporte nécessairement séparation de biens; donc, plus de contributions aux charges d'un ménage qui a cessé d'être, plus d'intérêts collectifs auxquels il soit nécessaire d'imprimer une direction unique ; dès lors, quelle nécessité d'entraver l'initiative personnelle de la femme pour la sauvegarde d'intérêts qui ont pris fin ou le succès de vues d'ensemble dont la conception même est devenue impossible faute d'objet ?

Cette façon de comprendre la condition de la femme mariée et

Digitized by Google

la conclusion qui en est la suite n'ont certes rien que de satisfaisant pour l'esprit. Est-il bien sûr cependant qu'elles rendent exactement la pensée du législateur de 1804 et cadrent avec toutes les parties de son œuvre ? Sur ce point, qu'il nous soit permis de formuler nos objections, non pour y chercher des fins de non recevoir contre l'innovation proposée, mais simplement pour en mesurer la portée réelle et faire ressortir ses difficultés qui paraissent avoir été trop méconnues. En réalité, tout est à reprendre dans ce raisonnement qui prête à nos lois ce prétendu principe de l'égalité des époux dans le mariage, pour amener cette conclusion que l'incapacité étant par hypothèse transformée par la séparation de corps en un instrument d'inégalité, ne saurait être maintenue avec une altération aussi grave de son caractère normal.

L'argumentation du Conseil d'État pèche en ce point qu'au rebours de ce qui lui sert de postulat, l'inégalité des époux est bien, dans notre législation, la loi constitutionnelle du mariage; établie dès le début, elle se maintient pendant toute sa durée et elle en constitue un effet attendu auquel la séparation de corps donne seulement un caractère oppressif. C'est donc à tort qu'on reproche à la séparation de corps d'inaugurer contre toute raison une situation nouvelle, en contradiction avec le principe de la société conjugale; elle aggrave seulement, ce qui d'ailleurs est suffisant pour motiver une réforme, les conséquences d'une situation préétablie dont tous les éléments sont disposés en vue de l'inégalité des époux.

De nos jours en effet, l'incapacité n'est plus seulement ce qu'elle a pu être à l'origine de son institution, un rouage du régime de la communauté et un gage de sa prospérité; elle est, Pothier l'atteste en termes formels [40], la sanction juridique d'une subordination de la femme au mari qui, pour être diminuée et comme masquée par le libéralisme des mœurs, joint à l'existence de l'hypothèque légale, n'en est pas moins effective.

D'abord, il ne faut pas se dissimuler que l'hypothèque légale n'est tout au plus, malgré les apparences, qu'un palliatif de l'inégalité des situations. En dépit du droit d'intervention dont elle

[40] Pothier, *Puissance du mari*, n° 15.

Digitized by Google

munit la femme, l'influence du mari ne cesse pas d'être prépondérante. Quant à l'administration des affaires du ménage et même de celles de la femme, le mari dispose d'une autorité incontestée, si bien que la loi a dû, par mesure de prévoyance, se préoccuper de contrepeser cette volonté unique par une série de garanties énergiques, quelques-unes exorbitantes du droit commun, dont l'objet est d'empêcher le mari soit de dissiper le patrimoine de la femme, soit de l'engager directement ou indirectement par son fait personnel [41].

Puis, en tant qu'elle porte sur les biens du mari, l'hypothèque n'est pas pour la femme un moyen d'action à beaucoup près aussi puissant que l'autorité maritale pour le mari. Autre chose l'hypothèque dont les effets ne se font sentir que sur une catégorie de biens, autre chose l'incapacité qui d'une manière générale paralyse l'activité juridique dans ses manifestations les plus graves et les plus fréquentes. En fait, la femme est donc subordonnée au mari et cet état de subordination ne s'explique pas seulement, nous allons le montrer, par les raisons que le Conseil d'État a jugées déterminantes.

Un grand nombre de dispositions du Code civil viennent à l'appui de ce sentiment. Si la seule nécessité d'assurer au mari la haute direction des affaires conjugales pouvait expliquer, abstraction faite de toute idée d'inégalité entre conjoints, l'effacement juridique de la femme, on devrait rencontrer dans la loi quelques mesures corrélatives à cette idée générale dont voici les plus saillantes : 1° Une fusion quelconque d'intérêts eût été la condition première de l'incapacité ; 2° le mari eût obtenu comme juge souverain des intérêts du ménage la faculté d'arbitrer, suivant les circonstances, la somme d'indépendance et d'activité que la femme doit sacrifier ou peut consacrer à l'intérêt commun ; 3° c'eût été pour le législateur un devoir étroit que de réintingrer la femme dans la plénitude de sa capacité juridique comme de la faire succéder pleinement aux fonctions du chef de famille dès que celui-ci est devenu incapable ou indigne de les exercer.

[41] Art. 1408, 1431, 1443, 1471, 1483 et 1453, cette dernière déposition dérogatoire à une règle fondamentale des sociétés, art. 1855. Conf. Laurière sur l'art. 237 de la cout. de Paris, t. II, p. 226.

Digitized by Google

Si aucune de ces dispositions n'était insérée au Code civil, leur absence constituerait déjà un fort préjugé contre le bien fondé de la thèse que nous examinons; mais, il y a mieux, sur chacun de ces points, ou la loi est formellement prohibitive ou bien elle donne une solution contraire à l'une ou l'autre des conséquences qui viennent d'être énumérées.

D'abord, il y a dans la loi indépendance absolue entre ces deux termes : incapacité de la femme, existence d'une société pécuniaire entre les époux. Peu importerait qu'ils eussent nettement marqué le désir d'éviter toute confusion de leurs patrimoines respectifs, par exemple en adoptant le régime de la plus rigoureuse séparation de biens; même dans ce cas, rien ne serait changé, au moins d'une façon théorique, à la condition juridique de la femme (art. 215, 217, 1449 3°, 1576). D'autre part sont interdits au mari tous actes emportant abdication directe ou même indirecte de la puissance maritale; ainsi de toute renonciation à l'une des prérogatives comprises dans la qualité de chef de famille, donc le mari ne saurait faire abandon à la femme soit par une clause des conventions matrimoniales, soit pendant le mariage, d'aucune part de ses pouvoirs de direction supérieure (art. 1388); ainsi encore de toute autorisation qui ne présenterait un caractère de spécialité nettement accusée, donc le mari ne dispose d'aucun moyen de restituer à la femme par voie d'autorisation générale et pour un laps de temps indéfini l'entier ou partiel exercice de sa capacité (art. 223, 1538 2°) [42].

Il est vrai, qu'en cas d'interdiction légale ou judiciaire du

[42] Requise d'abord avec une extrême rigueur (Caen, 27 janvier 1851, 51. 2. 428) qui s'est plus tard assouplie (Toulouse, 22 mai 1876, 76. 2. 209. Cass. 25 novembre 1878, 79. 1. 58), cette spécialité d'autorisation imprime à la puissance maritale le caractère d'un pouvoir de protection. Mais on doit se rappeler que l'autorisation proprement dite n'est exigée qu'autant qu'il s'agit d'habiliter la femme à l'exercice de droits qu'elle s'est personnellement réservés, c'est-à-dire lorsqu'elle agit en son propre nom ; donc nul doute que la femme puisse, sans violer aucun des articles 223 et 1388, recevoir du mari le mandat général et révocable d'administrer les biens communs et ceux du mari ou même d'en disposer (arg. art. 1420), comme aussi recouvrer par le même moyen et sous la même condition de révocabilité l'exercice des pouvoirs dont elle l'a investi par contrat de mariage sur ses biens personnels. (Demolombe, IV, 204, 205).

Digitized by Google

mari, la femme, si elle est désignée comme tutrice [43]; en cas d'absence, si elle use de la faculté d'opter pour la continuation de la communauté que lui ouvre l'art. 124, prendra l'administration tant des biens communs que des propres du mari. Toutefois en aucun de ces cas, on ne peut dire qu'elle succède purement et simplement à ses attributions; en qualité de tutrice elle agit sous le contrôle du conseil de famille et suivant les conditions qu'il lui a imposées; quant à la femme de l'absent, elle n'exerce à l'égard des biens dont elle a pris l'administration que des pouvoirs restreints (art. 1427) et en somme un peu inférieurs à ceux de l'envoyé en possession provisoire [44].

Cependant, quoique reconnue capable d'être tutrice de son mari, bien qu'admise à succéder à certaines de ses attributions avec des restrictions qui, malgré leur gravité, la laissent néanmoins munie de pouvoirs très généraux en vertu desquels elle devient apte à faire seule certains actes auxquels elle est en principe incapable de procéder sans autorisation [45], la femme, qu'on l'observe bien, demeure, quant à son patrimoine personnel, sous le régime de l'incapacité; sans doute elle recouvre l'administration de ses biens si elle en a délégué la jouissance au mari pour subvenir aux charges du mariage : mais, elle devra, toutes les fois qu'il lui sera nécessaire de dépasser les limites d'une libre administration, requérir l'autorisation du mari ou de justice. En résumé, il lui est plus facile d'obtenir le pouvoir de représenter la personne du mari interdit ou de prendre la direction des biens communs en cas d'absence que d'être relevée par rapport à son patrimoine propre des effets de l'incapacité (art. 221 et 222) [46].

Que conclure de ce contraste? Que le besoin d'assurer au chef de la société conjugale un pouvoir de direction effectif et

[43] Art. 507, C. civ.

[44] Aubry et Rau, t. I, p. 616, 617.

[45] A titre de tutrice la femme exerce les actions mobilières compétant au mari (art. 464, C. civ.). Si elle opte pour la continuation de la communauté, on pourra, si l'on est d'avis qu'il faut l'assimiler à l'envoyé en possession provisoire, l'admettre à intenter seule au moins les actions mobilières ou possessoires de la communauté ou du mari. Voy. Aubry et Rau, *loc. cit.* et Laurent, t. II, N° 209.

[46] Demolombe, t. II. § 272, p. 375.

Digitized by Google

garanti contre les déviations ou les embarras que pourrait lui susciter l'action indépendante et parfois contradictoire de sa coassociée, ne peut, quelle qu'ait pu être d'ailleurs sa part réelle d'influence, rendre compte à elle seule de la dépendance de la femme. Si telle eût été la pensée exclusive du législateur, cette dépendance eût dû s'effacer comme ayant cessé de répondre aux raisons qui l'ont fait établir lorsque la femme étant à peu près substituée au mari pour l'expédition des affaires communes n'a à prendre conseil que d'elle-même sans craindre la contradiction d'aucune volonté rivale. D'où nous conclurons que dans l'œuvre du législateur la volonté d'assurer au mari la gestion exclusive des intérêts pécuniaires tient une moindre place que celle de placer la femme en tutelle pour des raisons qui, sans avoir jamais été clairement pénétrées, paraissent être cependant très différentes de celles qui viennent d'être réfutées. Et si par hypothèse, nous formons ici une supposition dont la vérification sera plus loin entreprise, les traits généraux de la condition de la femme n'avaient été arrêtés que pour la protéger contre ses propres entraînements et dans l'intérêt de ses enfants aussi bien que dans le sien propre, son incapacité constituerait alors l'une des principales assises de la famille à laquelle on ne saurait toucher que pour des raisons d'une nécessité parfaitement démontrée.

Ce problème du maintien ou de la suppression de l'incapacité après la séparation de corps présente donc une rare complexité, et la solution qu'en propose le Conseil d'État d'accord avec la commission de la Chambre des députés, n'est pas en harmonie assez étroite avec l'esprit général de nos institutions civiles pour s'imposer avec autant d'autorité logique qu'on paraît le croire; moins encore doit-elle triompher par l'effet d'une nécessité de raison à laquelle on aurait tort de croire que les rédacteurs du Code civil n'ont pu se dérober qu'au prix d'une inconséquence législative. Sans contradiction aucune, le législateur de 1804 a pu conserver l'incapacité en cas de séparation de corps, et l'abolition de cet état de choses constituerait bien réellement une innovation dont il ne faudrait pas essayer de diminuer la portée même pour en préparer le succès. C'est assez dire que pour nous prononcer dans le même sens que le Conseil d'État nous aurons

Digitized by Google

à résoudre de sérieuses objections et que nous ne pourrons rendre à la femme séparée le plein exercice de sa capacité sans avoir au préalable établi que cette réforme ne compromet en rien aucun des intérêts essentiels de la famille.

Telles sont, dans leurs lignes générales et même renforcées de quelques développements nouveaux, les deux théories principales émises sur ce sujet. Issues d'une tendance unique qui est de protéger la femme séparée de corps contre les excès de la suprématie maritale, elles aboutissent, malgré l'identité de leur point de départ, à des conclusions absolument divergentes. La première conserve l'autorité du mari sous des conditions que nous croyons insuffisantes pour remédier aux vices qu'une longue expérience a relevés contre elle. Nous l'avons déjà écartée et nous maintenons cette exclusion. Nous adhérons à la seconde qui restitue à la femme la libre disposition de ses biens; mais, comme on le verra plus tard, pour des raisons assez éloignées de celles mises en avant par le Conseil d'État. Aucune d'elles cependant n'a pleinement triomphé et nous devons, pour ne négliger aucun incident de la discussion, exposer et discuter la solution intermédiaire adoptée par le Sénat. JULES CABOUAT.

(*à suivre*).

NOTICE NÉCROLOGIQUE SUR M. PONT,

Président de chambre honoraire à la Cour de cassation, Membre de l'Institut,

par M. A. MÉRIGNHAC, professeur agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Chaque génération produit un certain nombre d'hommes, dont la vie toute consacrée au travail s'écoule utile et paisible, se développe toujours uniformément bien remplie, sans qu'on les voie se mêler aux luttes et aux agitations des périodes qu'ils traversent. Ils n'aspirent point à conduire les autres, sachant qu'il est déjà fort difficile de se conduire sagement soi-même. Ils laissent à leurs contemporains plus audacieux, mais souvent moins avisés, le soin de poursuivre une gloire éphémère, ou des honneurs que ne rencontrent pas toujours ceux qui les recherchent; et, s'ils n'ont point les triomphes éclatants, ils ne subissent point, par contre, les revers soudains, d'autant plus cruels que la pros-

Digitized by Google

périté a été plus grande. L'on est tenté, en les contemplant dans leur paisible retraite, de dire avec le philosophe antique :

> Suave mari magno, turbantibus æquora ventis,
> E terra magnum alterius spectare laborem!

On raconte la vie de pareils hommes en écrivant l'histoire de leurs œuvres, car ils s'identifient avec elles, et elles reflètent, en quelque sorte, leur physionomie la plus intime. C'est qu'en effet la devise bien connue : « *laboremus* » est devenue pour eux un programme constamment réalisé; et le travail, qui est leur objectif unique, leur donne en retour des jouissances que ne connaît pas le vulgaire.

Les lignes qui précèdent pourraient s'appliquer à beaucoup; mais elles sont d'une vérité encore plus frappante en ce qui concerne M. Pont. Fils de ses œuvres dans la plus stricte acception du mot, il n'a point recherché ce qui passionne tant d'autres. S'il s'est élevé aux hautes fonctions qu'il a remplies, c'est grâce uniquement à un labeur incessant. Ce labeur, il l'a donné, pour une large part, à la *Revue critique;* et c'est pour ce motif que les directeurs de cette publication ont jugé que l'on devait, dans ses colonnes, rendre un hommage tout particulier à sa mémoire. D'autres voix plus autorisées ont dit et diront ailleurs ce que fut M. Pont, dans les diverses situations de sa vie sociale si bien remplie; mais la *Revue* tenait, avant tout, à payer son tribut bien mérité à celui qui fut longtemps un de ses collaborateurs les plus éminents et les plus dévoués.

Peut-être eût-il mieux valu confier le soin d'écrire cette notice à quelqu'un de ces hommes qui, ayant été les amis et les compagnons d'étude de M. Pont, auraient pu, à ce titre, donner une note plus exacte de son caractère et de sa vie. Mais, comme tous ceux qui se partagent entre les exigences du travail et les joies de la famille, M. Pont n'avait que peu d'amis, dans le vrai sens du mot : il connaissait trop la valeur de ce titre pour le prodiguer; et, dans le petit nombre d'intimes et de familiers qu'attachait à lui une communauté de goûts et d'occupations, la mort a multiplié les vides! En tout cas, si celui qui écrit ces lignes n'a point été mêlé à la vie longue et active de M. Pont, il a pu, tout au moins, assez expérimenter par lui-même les qualités d'esprit

Digitized by Google

et surtout de cœur qui formaient le trait principal du caractère du regretté magistrat, pour en pouvoir témoigner au besoin. C'est uniquement cette circonstance qui l'a déterminé à prendre la plume pour s'associer à l'œuvre de la *Revue critique;* et, s'il n'a pas reculé devant les difficultés de sa tâche, c'est qu'il a voulu, lui aussi, payer son tribut de reconnaissance à l'homme qui l'avait honoré de son amitié, après avoir accepté, avec bonté, la dédicace de son premier ouvrage.

M. Paul Pont est né en Espagne, à Barcelone, le 22 octobre 1808, pendant l'occupation française. Avocat à la Cour de Paris dès 1834, après des études faites à la Faculté de Toulouse, il ne se borna pas, comme le font, aujourd'hui, beaucoup trop de jeunes gens, aux études quelque peu superficielles de la licence; et il sentit le besoin de les compléter par les études plus sérieuses et plus mûries du doctorat. Son esprit fin et investigateur avait pour la science juridique un goût irrésistible, que ne pouvait contenter le cadre restreint des trois premières années de droit; il eût été, s'il eût vécu à leur époque, un de ces prudents qui florissaient au plus bel âge de la jurisprudence romaine. Aussi, tout en fréquentant le barreau, ne délaissa-t-il point l'École, et prit-il, en 1845, le titre de docteur en droit. Sa thèse, soutenue à la Faculté de Toulouse, devant un jury dont M. Chauveau était le président, portait, en droit romain et en droit français, sur les donations entre-vifs, avec une sorte d'appendice consacré aux conseils de préfecture. Alors, les thèses de doctorat n'avaient même point l'étendue qu'eurent plus tard les thèses de licence quelque peu développées; et, à l'exemple de ses contemporains, M. Pont n'a consacré que 40 pages à la sienne. Les développements donnés à la partie qui traite du droit français, et qui prennent 24 ou 25 pages, paraîtraient bien peu de chose, en présence des travaux considérables qui ont paru depuis; et pourtant la matière, quoique écourtée, y est traitée, déjà, avec cette lucidité qui caractérisera plus tard la méthode de M. Pont.

Trois ans après avoir été reçu docteur, il semble que M. Pont, peu fait pour l'existence agitée du palais et les luttes de la barre, ait trouvé sa voie, le professorat lui ayant ouvert ses portes : il était, en effet, nommé, en octobre 1848, professeur suppléant de

Digitized by Google

législation au Conservatoire des Arts-et-Métiers. La carrière paisible de l'enseignement paraissait donc être devenue définitivement la sienne, quand, en 1850, une haute protection l'appela à d'autres destinées, en lui donnant accès dans la magistrature. Mais, dans sa nouvelle voie, ses idées ne changeront point; et nous allons voir le jeune magistrat persévérer de plus fort dans les études théoriques, objet de ses premières aspirations.

A l'époque où M. Pont débutait dans sa nouvelle carrière, comme juge à Châteaudun, une revue de législation dirigée par M. Louis Wolowski, à laquelle collaboraient MM. Troplong, Giraud, Nicias Gaillard, Laboulaye et autres, publiait, déjà depuis dix-neuf ans, des travaux dont la tendance générale était « d'envisager le droit dans ses plus hauts aspects, plutôt que dans ses applications usuelles; de se laisser entraîner aux études théoriques... et de ne faire à la pratique qu'une part assez restreinte[1]. » L'idée qu'il y avait une autre place à prendre, en exploitant surtout le champ de la jurisprudence, devait venir naturellement à l'esprit; et elle donna naissance à la *Revue critique de jurisprudence*, dont M. Pont fut l'un des premiers collaborateurs, à côté de Demolombe, tout en apportant aussi son concours à la *Revue de législation*.

Le sort de la nouvelle publication le préoccupait vivement, et, non content de lui consacrer son travail personnel, il lui cherchait partout de dignes collaborateurs. « M. Cotillon estime, écrivait-il de Chartres, où il avait été nommé juge le 2 mars 1852, qu'une publication qui, par sa seule impulsion, est parvenue, après deux ans d'existence, à un état des plus satisfaisants, prendrait des développements considérables, si des articles spéciaux la rendaient plus notoire pour le public. Je m'occupe, en conséquence, de chercher des amis qui la patronnent, et j'ai pensé que tu pourrais être l'un de ces amis... » Cette lettre était adressée, le 17 février 1853, à l'un des plus distingués collaborateurs de la *Revue*, M. Sacaze, mort naguère, après avoir été président de chambre à la Cour d'appel de Toulouse et sénateur de la Haute-Garonne. Nous la tenons, ainsi que d'autres, dont nous

[1] Conf. préface de la nouvelle *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1853, t. 3.

Digitized by Google

insérerons quelques extraits, de la bienveillante communication de M. Sacaze fils, ancien magistrat, avocat à la Cour d'appel de Toulouse.

La même lettre indique que M. Wolowski avait déjà offert de réaliser, par l'intermédiaire de M. Pont, la fusion qui s'effectua plus tard entre sa revue et la revue nouvelle, et exprime, en même temps, les plus vifs regrets de ce que cette fusion, qui eût produit les meilleurs résultats, ne put alors aboutir. Elle se termine par ce passage touchant, qui peint bien le cœur de celui qui l'a écrit : « Nous avons, mon cher ami, une petite fille, dont la venue, sans effacer nos regrets, en a tempéré l'amertume. Nous vivons dans notre petit ménage, aussi heureux que l'on peut l'être, après les épreuves cruelles par lesquelles nous sommes passés. Daigne Dieu nous en épargner de nouvelles ! »

Le 19 mars 1853, M. Pont était nommé président du tribunal de Corbeil ; et le projet de fusion, dont il a été question plus haut, entre les deux revues, devenait, dès ce moment, un fait accompli. Voici comment le but de cette fusion était expliqué, en quelques mots, par M. Faustin Hélie : « La pensée, qui a provoqué la fusion des deux revues, a été de réunir deux études qui se complètent l'une l'autre et ne doivent en former qu'une seule ; de renfermer, dans un même cadre, l'examen des principes du droit et l'examen de l'application qui en est faite chaque jour ; en un mot, de fonder un organe complet de la science juridique, qui soutienne, à la fois, la lutte des théories et les débats de la pratique, et qui, par ses critiques consciencieuses, puisse exercer une utile influence sur la marche de la législation et sur la marche de la jurisprudence [1]. »

La revue nouvelle était publiée par MM. Wolowski, Faustin Hélie, Nicias Gaillard, Laferrière, Coin-Delisle et Pont, avec la collaboration des écrivains qui étaient attachés déjà aux deux, notamment de MM. Troplong, Giraud, Laboulaye, Ortolan, etc. ; et M. Pont en devenait le directeur, directeur effectif, sinon officiel, car la susceptibilité de quelques collaborateurs avait empêché de lui donner ce titre. Voici comment, en quelques mots, dans une nouvelle lettre adressée à M. Sacaze, le 21 juillet 1853, il

[1] Préface précitée.

Digitized by Google

traçait son rôle de directeur, comme aussi le programme de la revue; et ce qu'il disait peut être proposé comme conseil à ceux qui écrivent dans les revues, aussi bien qu'à ceux qui les dirigent. « J'ai tenu à avoir la direction de la revue, pour avoir le droit de revoir les articles et d'y effacer toute trace de cette discussion passionnée que l'on a remarquée avec peine notamment dans quelques-uns des travaux de la *Revue critique*. Nous voulons discuter avec indépendance, quel que soit l'adversaire que nous rencontrions; mais nous voulons être et nous voulons qu'on soit toujours mesuré et convenable, comme il convient à des hommes bien appris, qui discutent dans l'intérêt exclusif de la science, et en dehors de toute préoccupation d'intérêt personnel. Pour ma part, et quelle que soit la défaveur qui s'attache à la qualité de censeur, je suis bien résolu à exercer ma censure dans le sens que je viens de te dire... » Il terminait en affirmant, à nouveau, sa foi dans le succès de la revue et son ardeur pour elle. « Nous espérons que notre publication va prendre un nouvel essor. Que les travailleurs nous viennent en aide, et, grâce à eux, nous ferons quelque chose d'utile et de bien. Je m'y mettrai, pour ma part, avec toute l'ardeur dont je suis capable... »

M. Pont avait été nommé président du tribunal de Corbeil transitoirement, et parce que, comme on le lui affirmait, disait-il, on avait voulu lui donner un titre de nature à lever toute objection possible, quand viendrait le moment de l'appeler au tribunal de la Seine. Il est à croire, en effet, que les patrons de la revue, parmi lesquels figurait M. Troplong, alors tout-puissant, devaient souhaiter avoir le nouveau directeur sous la main; aussi, le 6 décembre 1854, celui-ci fut-il nommé juge à Paris. Toute la joie que causait cette nomination au magistrat, lui fut presque enlevée par un deuil bien cruel qui vint alors le frapper; il perdit sa mère, dont la vie, disait-il, semblait depuis quelque temps ne se soutenir que par l'espoir de voir arriver son fils à Paris. Quatre ans plus tard, M. Pont était nommé conseiller à la Cour d'appel de Paris, et, dix ans après, conseiller à la Cour de cassation. Ses nombreux travaux le désignaient tout naturellement pour la chambre civile, à laquelle l'attachait un décret du 5 mars 1864.

Digitized by Google

Tout en remplissant ses fonctions de magistrat avec un zèle et une conscience auxquels ont rendu hommage tous ceux qui l'ont connu, M. Pont ne perdait point de vue la doctrine dont il faisait journellement l'application au palais. C'est donc avec la double autorité du jurisconsulte et du magistrat qu'il a abordé et mené à bonne fin la série de publications qui portent son nom, et que nous allons rapidement indiquer.

Rappelant qu'il fut, tout d'abord, le collaborateur de la Revue fondée par M. Wolowski, avec laquelle devait plus tard fusionner la *Revue critique*, citons, entre autres articles de lui, les suivants : De la possibilité de révoquer par un simple acte notarié une donation testamentaire. — De la légitimation des enfants incestueux par un mariage subséquent. — De l'adoption par le prêtre du culte catholique. — De l'adoption de l'enfant naturel reconnu. Sur tous ces points, alors fort litigieux, et sur lesquels le calme s'est fait aujourd'hui, la controverse est clairement exposée et presque toujours résolue par des raisons convaincantes. Citons encore l'étude sur un projet d'organisation judiciaire, et le compte rendu de la jurisprudence de quelques années.

La revue publiée par M. Fœlix a donné aussi des articles de M. Pont, notamment sur les deux questions suivantes : 1° L'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, perd-il, par l'effet de cette séparation, les avantages que l'autre époux lui avait faits par contrat de mariage? 2° Le tuteur d'un interdit a-t-il qualité pour intenter au nom de ce dernier une action en désaveu de paternité?

La *Revue des sociétés* comptait également M. Pont dans ses membres rédacteurs; et il figurait encore parmi ceux du *Recueil périodique* de M. Dalloz et de celui de M. Sirey, depuis 1860. Sa part dans la confection de la *Jurisprudence générale* de M. Dalloz a été grande : elle lui doit notamment les deux volumes relatifs à l'enregistrement.

Mais il fut surtout le collaborateur assidu de la *Revue critique*, soit avant, soit après la fusion; on lui avait confié, et c'est là son œuvre principale dans la collaboration, l'examen doctrinal de la jurisprudence, déjà fait par lui dans la *Revue Wolowski*. Le tome Ier de la *Revue critique*, correspondant à 1853, débute par

Digitized by Google

le résumé des principaux arrêts rapportés par les recueils, dans les cahiers d'août 1852; et cet examen est continué, avec quelques intermittences, jusqu'en 1866.

Soit dans cet examen, soit dans des études doctrinales, M. Pont a donné à la *Revue critique* des articles que nous ne pouvons analyser, ni même citer en entier; bornons-nous à dire un mot sur les principaux. Il étudie, dans le tome Ier, les règles qui président à la transmission des meubles corporels; l'usufruit légal, dans le tome II; dans le tome III, la communauté d'acquêts réduite aux immeubles. La revue de 1854 contient une dissertation vigoureuse sur le point de savoir si la femme est investie, à raison de ses reprises et prélèvements, d'un droit de préférence sur les biens de la communauté, vis-à-vis des autres créanciers. C'était une question qui passionnait alors que celle des reprises de la femme commune, en présence de l'autorité considérable de ceux qui avaient reconnu à celle-ci un droit de propriété ou un privilège, et de ceux qui, la traitant comme un créancier hypothécaire, avaient combattu l'un et l'autre système, et forcé le premier président de la Cour suprême à condamner lui-même sa doctrine par l'arrêt solennel du 16 janvier 1858. En 1855, M. Pont traite de la responsabilité notariale; et, prévoyant déjà les tendances du notariat contemporain, il attire l'attention de ses lecteurs sur les spéculations dans lesquelles les notaires interviennent, et qui sont trop souvent la source de surprises et de mécomptes. En 1855, 1856 et 1857, il fait paraître une série d'articles qui, réunis, forment un véritable volume sur la publicité de l'hypothèque légale de la femme et la subrogation à cette hypothèque, dont on retrouve la substance dans son commentaire des privilèges et hypothèques, sur lequel notre attention sera plus bas attirée. Dans les tomes XXVI et XXVIII, il s'occupe de la preuve des transactions, et, ce qui n'est point dans ses habitudes, ouvre une polémique, fort courtoise d'ailleurs, avec M. Latreille, aujourd'hui conseiller à la Cour de Toulouse.

Dès 1851, à côté de l'examen doctrinal de la jurisprudence, M. Pont fournit à la *Revue* des comptes rendus et des appréciations critiques. Citons spécialement le compte rendu sur les deux

Digitized by Google

premiers volumes d'abord, puis sur le traité complet de l'instruction criminelle de M. Faustin Hélie, et sur la traduction de Zachariæ par MM. Massé et Vergé. Çà et là figurent quelques chroniques intéressantes, par exemple sur l'inauguration de la fête de Cujas à l'Académie de législation de Toulouse. Dans cette fête, qui se renouvelle tous les ans, sont couronnés les lauréats de l'Académie, et spécialement le lauréat des concours de doctorat, dont le mémoire est réputé le meilleur et qui obtient le prix du ministre de l'instruction publique. C'était pour la première fois qu'était alors décernée la médaille d'or qui constitue ce prix; et on lit avec intérêt les détails de cette solennité qui jouit à Toulouse d'un grand renom dans le monde juridique.

Nous aurons enfin mentionné tout ce que M. Pont a donné à la *Revue*, si nous signalons quelques éloges et notices biographiques dus à sa plume, notamment sur M. Armand Dalloz dont il avait été le secrétaire à son arrivée à Paris, M. Lemenuet et surtout sur Marcadé, dont l'éloge nécrologique devait nécessairement émaner de son continuateur.

Tels sont les travaux de M. Pont dans sa collaboration à la *Revue critique*, travaux considérables et qui montrent bien tout ce que celle-ci lui doit, si l'on joint à l'œuvre de l'écrivain l'action exercée par le directeur de la publication.

Quoi qu'il en soit, ce n'étaient là que des travaux séparés, des articles isolés, qui, si intéressants qu'ils fussent, ne pouvaient, comme un ouvrage de longue haleine, donner la note exacte de l'auteur. Faisons un pas et nous allons voir M. Pont s'attacher à son œuvre principale, à celle qui permet le mieux de juger les qualités qui étaient en lui. Victor Marcadé était mort, laissant incomplet l'ouvrage auquel il avait consacré sa vie : son Commentaire du Code civil s'arrêtait aux petits contrats, et comprenait, en outre, le Traité sur la prescription. Compléter cet ouvrage n'était pas chose facile ; et la forme éminemment personnelle que décèle chaque page, la vivacité de la polémiqne, l'ardeur de la discussion constituaient tout autant de traits particuliers de nature à détourner de l'entreprise. Mais Marcadé, qui ne voulait pas que son œuvre restât inachevée, avait jeté les yeux sur un successeur

Digitized by Google

digne de la mener à bonne fin ; et M. Pont nous déclare lui-même qu'il ne sut pas résister à son appel. Il débute, en effet, ainsi dans la préface du Traité des privilèges et hypothèques : « Lorsque, dit-il, j'acceptai de Marcadé mourant le mandat de continuer l'œuvre par lui entreprise en 1841..., je ne me dissimulai ni les périls, ni les difficultés de la tâche ; et, tout honoré que je fusse d'un choix par lequel Marcadé associait une fois de plus à son nom celui d'un collaborateur et d'un ami, je ne manquai pas d'entrevoir les soucis et les graves préoccupations qui allaient m'accompagner dans l'accomplissement de ma trop difficile mission. Pouvais-je ne pas comprendre qu'on ne met pas impunément la main à un livre comme celui-ci, à une œuvre dont le succès mérité a été éclatant, à un travail qui, par ses données autant que par ses allures, est, plus qu'aucun autre peut-être, marqué au cachet tout individuel de l'auteur ? »

Successivement parurent les Traités des privilèges et hypothèques, des sociétés civiles et commerciales, des petits contrats comprenant le prêt, le dépôt et le sequestre, les contrats aléatoires, le mandat, le cautionnement, les transactions, la contrainte par corps et le nantissement.

Ces traités constituent, à coup sûr, l'œuvre capitale de M. Pont ; ils ont été l'objet d'éditions successives que l'auteur revoyait et refondait avec un soin jaloux, cherchant sans cesse quelque nouveau perfectionnement.

Très peu de temps avant sa mort, il mettait la dernière main à la refonte de son ouvrage sur les sociétés civiles et commerciales ; et, si j'en parle ici plus spécialement, c'est que j'y ai été personnellement mêlé. M. Pont, en effet, surchargé de travail, avait accepté avec empressement l'offre que je lui avait faite, de concert avec M. Timbal, aujourd'hui agrégé à la Faculté de droit de Toulouse, de faire la table générale du Traité des sociétés.

Il ne m'appartient pas de faire ici l'éloge ou la critique des divers commentaires de M. Pont sur le Code civil, car ils figurent dans la bibliothèque de tous les jurisconsultes ; ce qui les caractérise, c'est la grande lucidité de l'exposition et l'exactitude la plus absolue même dans les petits détails. M. Pont, fidèle à son

Digitized by Google

programme de directeur de la *Revue critique*, supprime les attaques personnelles et ne s'occupe que du côté scientifique ; il s'en prend aux doctrines et non aux personnes ; aussi ne retrouve-t-on plus en lui ces saccades brusques, ces boutades qui abondent dans la partie faite par Marcadé. A un torrent rapide, qui trop souvent ne laisse que des ruines sur son passage, a succédé un fleuve profond et limpide. Peut-être pourrait-on chercher le secret de cette lucidité dont je viens de parler, comme étant la note dominante de la manière de M. Pont, dans la défiance de soi-même, qui était un des traits principaux de son caractère. J'ai entre les mains une lettre écrite par lui, en 1856, au moment où il envoyait un exemplaire de son Traité des privilèges et hypothèques à l'Académie de législation de Toulouse, et voici le passage qui prouve ce que j'avance : « Je ne sais, y disait-il à M. Sacase, si quelqu'un de ses membres trouvera que le livre vaille la peine qu'on en parle à l'Académie ; mais, quelque satisfaction d'amour-propre qu'il puisse y avoir pour moi dans un rapport qui serait fait sur mon travail, il y a quelque chose que je mets au-dessus de cela, c'est le jugement sérieux, sincère et non complaisant de mes amis. Ce n'est pas sans beaucoup d'effroi que j'entre dans une carrière où la comparaison doit s'établir, par la force même des choses, entre mon travail et celui de Marcadé ; et j'ai besoin, par suite, que mes amis me disent si je suis ou non dans la bonne voie. Lis donc cela à tes moments perdus et dis-moi, comme tu te le dirais à toi-même, ce que tu penses de ce premier essai. Ce sera un service à ajouter à ceux que je dois à ta bonne amitié. »

Les *commentaires-traités* des privilèges et hypothèques et des petits contrats sont aujourd'hui des livres classiques ; ils vieilliront, à coup sûr, en ce sens qu'ils ne donneront plus, dans quelques années, l'état complet de la jurisprudence et l'exposé d'opinions nées depuis leur confection ; mais la sûreté de leur doctrine restera immuable et leur examen approfondi s'imposera toujours aux jurisconsultes.

Des ouvrages dus uniquement à la plume de M. Pont, il convient de rapprocher ceux qui sont résultés de sa collaboration avec d'autres.

Digitized by Google

Mentionnons, d'abord, le Traité du contrat de mariage fait avec M. Rodière. Assez succinct dans sa première édition, ce traité reçut des développements beaucoup plus grands dans les éditions subséquentes. Peut-être peut-on reprocher à l'ouvrage de manquer d'unité, ce qui s'explique si l'on réfléchit que chacun des auteurs a pris à sa charge exclusive une partie distincte. Quoi qu'il en soit, le livre est, à bon droit, universellement apprécié ; et il a rendu à la pratique notariale des services assez grands pour qu'on oublie quelques légères imperfections.

A l'ouvrage qui précède ajoutons l'Explication de la loi de 1858 sur les saisies immobilières et les ordres en collaboration avec M. Séligman. Citons, enfin, le supplément au traité des droits d'enregistrement de MM. Championière et Rigaud paru en 1851.

De concert avec MM. Rivière et Faustin Hélie, M. Pont a publié les Codes français annotés, donnant l'indication de la jurisprudence la plus récente sur les principales questions soulevées par les textes. Nous avouons ne pas goûter beaucoup ce genre de publication de nos Codes, qui est forcément ou trop succincte, comparée avec les recueils, ou trop étendue, en tant qu'édition de Codes. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a là un travail de compilation considérable, et qui, pour un résultat assez peu appréciable, a dû donner beaucoup de peine à ses auteurs.

Les œuvres que nous venons d'analyser rapidement, et qui constituent, on a pu s'en rendre compte, une somme immense de labeur, avaient tout naturellement mis M. Pont en lumière, et le désignaient, en même temps que sa situation personnelle, aux pouvoirs publics, pour des distinctions bien méritées. Chevalier de la Légion d'honneur en 1862, officier en 1867, M. Pont fut nommé commandeur en février 1880 et officier de l'instruction publique en 1885. Sa réputation, dépassant même la France, s'étendit jusqu'en Espagne où il fut créé, en 1864, commandeur de l'ordre de Charles III, et en Portugal où il fut décoré de l'ordre du Christ en 1876.

Mais ce qui démontre encore mieux de quelle estime jouissait M. Pont, c'est qu'il fut plusieurs fois désigné soit par le gouver-

Digitized by Google

nement, soit par ses collègues, pour faire partie de commissions diverses, dont l'importance n'échappera à personne.

Il fut tout d'abord élu membre du Conseil supérieur de l'assistance publique, par la Cour de cassation; et fit partie, jusqu'en 1880, du Tribunal des conflits.

Il fut régulièrement, de 1870 à 1887, membre du jury du concours de licence, qui a lieu tous les ans entre les étudiants de troisième année, dans nos Facultés de droit.

On le vit siéger maintes fois aux concours d'agrégation de droit, où se recrutent les jeunes agrégés. Je fais ici appel au souvenir de mes collègues nommés dans ces dernières années. Qui de nous n'aime à se rappeler l'attention soutenue avec laquelle il assistait aux épreuves, même à celle un peu aride de l'argumentation? On le voyait suivre attentivement la discussion dans les textes du Digeste, du Code et des Novelles, sur lesquels se penchait sa tête si fine et si bienveillante. Il fut membre du jury successivement en 1868, 1870, 1880, 1882, 1884; et M. l'inspecteur général Accarias, président du concours, n'hésita point à recourir à ses lumières, même après que la limite d'âge l'eût enlevé à la magistrature active. Quel bienveillant accueil il réservait aux jeunes candidats qui venaient, après les épreuves, lui demander, suivant l'usage, des conseils et des leçons! Je ne serai démenti par personne si j'affirme que c'était toujours de lui que, reçus ou refusés, nous recevions ou les plus affectueuses félicitations ou les plus paternels encouragements.

Le concours des attachés à la chancellerie, institué par M. Dufaure pour le recrutement des jeunes magistrats du parquet, et qui a malheureusement disparu après n'avoir fonctionné que trois fois, fit aussi appel à M. Pont; il fut membre de celui de 1875 et président de ceux de 1877 et de 1878.

Le 1er février 1872, M. Pont fut désigné pour siéger dans la commission chargée de rechercher et de proposer les mesures propres à réorganiser l'enseignement du droit; et, quand fut instituée la commission relative à la réforme de l'article 2200 du Code civil, il en fut nommé président.

L'Académie de législation de Toulouse, à laquelle l'unissaient des liens bien anciens, le nommait, dès 1852, membre corres-

Digitized by Google

pondant. D'autre part, l'Institut lui ouvrait ses portes, le 7 mai 1870, en l'admettant à l'Académie des sciences morales et politiques.

M. Pont était devenu, à la Cour de cassation, le doyen de la chambre civile à laquelle il avait été attaché, et le doyen de la Cour. Il jouissait, dans l'assemblée de ses collègues, d'une influence considérable due à une longue expérience des hommes et des choses, à un bon sens naturel qui lui faisait voir presque toujours le côté juste, enfin à une aménité de caractère et à une courtoisie de discussion auxquelles tous rendaient hommage. Il eut une preuve bien manifeste de cette influence, lorsque la Cour lui confia une des missions les plus délicates que puisse remplir un de ses membres : il fut désigné comme rapporteur dans la plupart des affaires criminelles. Et, le jour où la limite d'âge vint l'enlever à ses collègues, il obtint, sur leur demande, plus que l'honorariat de conseiller : il fut nommé président honoraire, distinction réservée à de rares privilégiés, et qui lui fut accordée comme couronnement d'une vie sans tache, d'une carrière qui dut tout au mérite et au travail. « Il fut, a dit sur sa tombe M. Fustel de Coulanges, jurisconsulte par tout son être et de toute son âme. Les gouvernements et la société ont changé plusieurs fois autour de lui sans que la politique ait réussi à l'attirer, sans que les passions du moment aient pu atteindre son cœur. Il fut indépendant sous tous les régimes.....»

Ce n'était pas seulement à la Cour de cassation, au milieu de ses collègues, que M. Pont était écouté et respecté. Voici le portrait que fait de lui le même M. Fustel de Coulanges à l'Académie des sciences morales : « Exact à nos réunions, dit l'auteur de la *Cité antique*, il s'intéressait à nos travaux les plus divers. Il ne prenait pas souvent la parole, et, quand il la prenait, sa voix ne s'élevait pas très haut; mais il était de ceux dont on peut dire qu'ils se font entendre à force de se faire écouter. Il n'imposait pas son opinion par une forme tranchante, il ne l'insinuait pas non plus par des artifices de langage; il l'exprimait sobrement, et c'était assez pour qu'on y crût. Aucun de nous ne supposait qu'il pût n'avoir pas raison... »

Même après sa mise à la retraite, à un âge où d'habitude on ne

Digitized by Google

songe qu'au repos, M. Pont a continué le cours de ses travaux, refondant ses ouvrages et en préparant des éditions nouvelles, collaborant soit aux recueils anciens, soit aux publications récentes, telles que les Pandectes françaises, donnant enfin des conseils à ceux qui avaient recours à ses lumières : citons entre autres la Compagnie de Panama.

La mort seule pouvait mettre fin à cette persistance dans l'étude. M. Pont s'est éteint, le 20 juin 1888, dans sa petite maison de campagne d'Orsay, à l'âge de 80 ans. Il a conservé jusqu'à la fin toute la verdeur de son esprit; il est mort en homme de bien comme il a vécu, aimé et estimé de tous ceux qui l'ont connu. « Il nous a quittés hier, écrivait, le 24 juin 1888, M. Barbé, curé d'Orsay, qui l'a assisté à ses derniers moments, à la façon des patriarches de la Bible, après avoir aussi noblement que spontanément rempli tous ses devoirs envers le souverain juge, après avoir béni affectueusement les siens, remercié dans d'inoubliables adieux les quelques amis de village qui l'entouraient, nous apprenant ainsi à bien mourir, lui qui avait su vivre si bien et si dignement... Il est mort disant, dans la plénitude de ses merveilleuses facultés, à chacun ce qu'il devait lui dire, avec une précision, une bonne grâce et une gravité paternelle non moins vives qu'étonnantes sur les lèvres d'un vieillard... »

A. MÉRIGNHAC.

BIBLIOGRAPHIE.

LA LOI DU 30 MARS 1887 ET LES DÉCRETS DU 3 JANVIER 1889 SUR LA CONSERVATION DES MONUMENTS ET OBJETS MOBILIERS PRÉSENTANT UN INTÉRÊT NATIONAL AU POINT DE VUE DE L'HISTOIRE OU DE L'ART,

Par M. Th. Ducrocq, professeur à la Faculté de droit de Paris [1].

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

L'intéressante brochure que M. Ducrocq vient de livrer à la publicité avait déjà fait, de sa part, l'objet d'une communication

[1] 1 broch. in-8, 1889.

Digitized by Google

à l'*Académie des sciences morales et politiques*. Comme son titre l'indique, elle a trait à la loi du 30 mars 1887, relative à la conservation des monuments et des objets mobiliers présentant un intérêt historique ou artistique, l'une des plus utiles, sans contredit, qui aient été faites depuis longtemps.

L'économie générale de la loi nouvelle, qui, en venant combler, ainsi que l'auteur n'a pas de peine à le démontrer, une des lacunes les plus regrettables de notre législation, est entrée dans la voie où nous avaient précédés la plupart des États de l'Europe, est facile à indiquer. Dans le but de concilier les mesures de conservation dont la nécessité s'impose, avec le respect dû à la propriété privée, le législateur a établi une distinction fondamentale, relativement aux objets soumis à l'application de ses prescriptions, entre la propriété publique et la propriété privée. Que si, d'une part, il s'agit d'immeubles faisant partie du patrimoine d'un établissement public, l'établissement propriétaire peut se voir imposer le classement administratif, qui est à la base même de tout le système de protection inauguré par la loi. En cas de réclamation, un décret renddu en la forme des règements d'administration publique, se substituant alors à un simple arrêté ministériel, se chargera d'opérer le classement, sans que, d'ailleurs, le consentement des intéressés soit exigé pour sa légalité. — A supposer que les immeubles dont il s'agit appartiennent à un particulier, le consentement de celui-ci est indispensable, pour que le classement puisse avoir lieu. — D'autre part, en ce qui concerne les meubles, le classement n'est possible qu'autant qu'ils appartiennent aux établissements publics; de telle sorte que toutes les collections particulières se trouvent ainsi échapper à l'application de la loi de 1887.

Quant à l'intérêt de cette distinction, il apparaît considérable, pour peu que l'on examine les conséquences qui résultent du classement. D'un côté, en effet, une servitude administrative prend naissance, et cela, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, dont le but est de soumettre à l'adhésion de l'autorité compétente, à peine de dommages-intérêts, tout projet de restauration relatif aux objets classés. D'un autre côté, en ce qui concerne les meubles, ils se trouvent frappés d'une inaliénabilité, absolue pour ceux

Digitized by Google

qui appartiennent à l'État, la loi les déclarant inaliénables et imprescriptibles, partielle seulement pour ceux dont les autres établissements publics sont propriétaires, la loi en permettant ici l'aliénation, avec l'autorisation du Ministre de l'instruction publique et des beaux-arts.

La distinction que nous venons d'indiquer une fois nettement établie, M. Ducrocq démontre aisément que, sous le nom d'établissements publics, il convient de ne pas comprendre les établissements d'utilité publique, tels, par exemple, que les sociétés savantes ou autres; à raison même de leur origine, ils sont des fondations particulières dues à l'initiative purement privée, et doivent, à ce titre, être considérés comme de véritables personnes privées, au point de vue, tout au moins, de l'application de la loi nouvelle, dont les dispositions sont essentiellement dérogatoires du droit commun. Par suite, relativement aux conditions du classement, ils doivent être traités comme des particuliers propriétaires.

C'est avec raison, pensons-nous, que l'auteur, en présence d'une loi qui apporte au régime de la propriété de si notables entraves et qui contient d'aussi graves exceptions au droit commun, lui donne l'interprétation la plus strictement restrictive et déclare qu'en cas de doute, il faut se prononcer en faveur de la franchise de la propriété.

M. Ducrocq ne se contente pas d'analyser la loi, d'aborder de front les difficultés parfois très délicates qu'elle soulève et de les résoudre au moyen d'une argumentation précise et serrée, dont la justesse est propre à entraîner la conviction du lecteur; il fait plus encore et va jusqu'à combler, par voie d'interprétation, les lacunes qui s'y rencontrent. C'est ainsi que, si la loi garde un inexplicable silence sur les collections de nos bibliothèques, M. Ducrocq établit avec beaucoup de force que, malgré son mutisme, elle doit leur être appliquée, puisqu'elle a voulu protéger les objets et les monuments soit historiques, soit artistiques; il en résulte qu'il suffit, pour qu'elle puisse être invoquée, que l'objet présente quelque intérêt à l'un quelconque de ces deux points de vue : or, la plupart des objets compris dans les collections de nos bibliothèques ont évidemment un caractère soit historique, — ainsi notamment, des médailles, des manuscrits, et des imprimés

Digitized by Google

eux-mêmes si l'édition est épuisée ou que les exemplaires en soient introuvables, — soit artistique, ainsi que cela a lieu pour les gravures, les estampes, les enluminures, etc.

Telle est, dans ses traits principaux, la monographie de M. Ducrocq. Le sujet qu'elle traite, déjà rempli d'attraits pour les amis de l'art et de la science, voit encore l'intérêt qui s'y attache rehaussé par la façon dont il est envisagé et conduit. Il y a là des pages que chacun aura d'autant plus à cœur de lire et de méditer, que la grande compétence du savant professeur à la Faculté de Paris et l'autorité dont il jouit donnent à ses opinions un poids considérable et une portée toute particulière.

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

Pages.

DROIT CIVIL.

De la revendication et de la publicienne en droit français par *M. C. Appleton*..... 29
Obstacles que rencontre l'exercice de l'action en partage d'une indivision, par *M. Henry Taudière*..... 208
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par *M. O. Flurer*..... 305
De la prescription des actes de pure faculté, par *M. P. de Loynes*. 388
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par *M. Ch. Massigli*... 449
De l'interprétation de l'art. 857 du Code civil, par *M. L. Zéglicki*. 536
Examen doctrinal, jurisprudence civile, par *M. Marcel Planiol*. 545
La loi du 13 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque légale de la femme au profit des tiers acquéreurs, par *M. Albert Tissier*..... 628
Examen critique du projet de rétorme de la séparation de corps adopté par le Sénat, par M. *Jules Cabouat*..... 703

DROIT COMMERCIAL, INDUSTRIEL ET MARITIME.

Explication de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, par *M. P. Lacoste*..... 194, 260, 329
Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, par *M. Henri Bonfils*..... 369
Rapport présenté à la Cour d'Aix le 29 décembre 1888 au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi relative aux marques de fabrique ou de commerce, au nom commercial, à la raison de commerce et au lieu de provenance, par *M. Ernest Valabrègue*..... 495
Du rôle des liquidateurs créés par la loi du 4 mars 1889, par *M. Valabrègue*..... 568
Observations sur la condition faite aux sociétés étrangères en France d'après le projet de loi voté par le Sénat, par *M. Arthuys*..... 581
Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime, par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 609

DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, par *M. E. Gardeil*. 1
De la nécessité de déférer tous les délits de diffamation à un jury spécial, par *M. Birot-Letourneux*..... 343

Digitized by Google

Pages.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal, jurisprudence administrative, par *M. Brémond*..... 81, 673
Les demandes en autorisation de poursuites contre des sénateurs ou des députés, par *M. Albert Desjardins*..... 183

DROIT INTERNATIONAL ET LÉGISLATION COMPARÉE.

Examen doctrinal, droit international, par *M. Chausse*..... 241
Quelques questions de droit international privé à propos de la succession du duc de Brunswick, par *M. Louis Guénée*... 425
De la capacité en droit international privé, par *M. F. Surville*. 463

ENREGISTREMENT.

Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. Ch. Testoud*..... 161

DROIT FISCAL.

Etude de droit fiscal sur la réversibilité des rentes viagères, par *M. Lamache*..... 117
Observation sur le projet de loi portant modification du régime fiscal en matière de successions et donations entre-vifs, par *M. Francis Cambuzat*..... 353

NÉCROLOGIE.

Notice nécrologique sur *M. Paul Pont*, par *M. A. Mérignhac*.. 729

BIBLIOGRAPHIE.

Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil, par *M. Armand Lainé;* compte-rendu par *M. F. Larnaude*..... 71
De la femme du commerçant. Examen critique de la jurisprudence, par *M. Paul Bressolles;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 75
La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce, avec formules, par *M. Adrien Carpentier;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 77
Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne (30 janvier 1877), traduit et annoté par *MM. E. Glasson, E. Lederlin et E. R. Dareste;* compte-rendu par *M. Arnal*..... 140
Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit, par *M. Gaston May;* compte-rendu par *M. G. Bourcart*..... 150
Le Code civil commenté à l'usage du clergé dans ses rapports avec la théologie morale, le droit canon et l'économie politique, par *M. le chanoine Allègre;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 153

Digitized by Google

Pages.

Histoire du droit et des institutions de la France, par *M. E. Glasson;* compte-rendu par *M. Larnaude*..... 293

Traité du contrat de mariage, par *M. L. Guillouard;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 299

Manuel des délais en matière de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative, par *M. E. H. Mancelle;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 303

Les traités de garantie au XIXe siècle ; étude de droit international et d'histoire diplomatique, par *M. Milovanowitch;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 365

Les assurances sur la vie et la Cour de cassation en 1888, par *M. J. Lefort;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 368

L'athéisme et le Code civil, par *M. A. Duverger;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 539

Dictionnaire de législation et de jurisprudence concernant les aubergistes, hôteliers, cafetiers, débitants de boissons, propriétaires et locataires de maisons, d'appartements et de garnis, suivi d'un formulaire de tous les actes utiles à ces professions, par *M. Paul Tailliar;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 543

Le droit et les faits économiques, par *M. A. Béchaux;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 604

Traité de droit commercial, par *MM. Lyon-Caen et Renault*; compte-rendu par *M. Ch. Testoud*..... 657

Code théorique et pratique des architectes, par *M. A. Bonpaix;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 666

De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française, par *MM. Ch. Lachau et Chr. Daguin;* compte-rendu par *M. L. Guérin*..... 669

Code de commerce du royaume de Roumanie, du 13 septembre 1887, traduit d'après le texte officiel, par *M. J. Blumenthal;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 671

La loi du 30 mars 1887 et les décrets du 3 janvier 1889 sur la conservation des monuments et objets mobiliers présentant un intérêt national au point de vue de l'histoire ou de l'art, par *M. Th. Ducrocq*, compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 743

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM. Pages.

APPLETON..... De la revendication et de la publicienne en droit français 29

ARNAL..... Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne (30 janvier 1877), traduit et annoté par *MM. Glasson, Lederlin et Dareste*..... 140

ARTHUYS..... Obervations sur la condition faite aux sociétés étrangères en France d'après le projet de loi voté par le Sénat..... 581

BIROT-LETOURNEUX... De la nécessité de déférer tous les délits de diffamation à un jury spécial..... 343

BONFILS..... Examen doctrinal, jurisprudence commerciale. 369

BOURCART..... Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit, par *M. Gaston May*.... 150

BRÉMOND..... Examen doctrinal, jurisprudence administrative..... 81, 673

CABOUAT..... Examen critique des projets de réforme de la séparation de corps adopté par le Sénat..... 703

CAMBUZAT..... Observations sur le projet de loi portant modification du régime fiscal en matière de successions et donations entre-vifs..... 353

CHAUSSE..... Examen doctrinal, droit international..... 241

DE LOYNES..... De la prescription des actes de pure faculté.... 388

DESJARDINS..... Les demandes en autorisation de poursuites contre des sénateurs ou des députés..... 183

FLURER..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 305

GARDEIL..... Examen doctrinal, jurisprudence criminelle.... 1

GUÉNÉE..... Quelques questions de droit international privé à propos de la succession du duc Brunswick. 425

GUÉRIN..... De l'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française, par *MM. Ch. Lachau et Chr. Daguin*..... 669

LACOSTE..... Explication de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme..... 194, 260, 329

LAMACHE..... Etude de droit fiscal sur la reversibilité des rentes viagères..... 117

LARNAUDE..... Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette

Digitized by Google

MM. Pages.

théorie avec le Code civil, par *M. Armand Lainé*..... 71

LARNAUDE..... Histoire du droit et des institutions de la France, par *M. E. Glasson*..... 293

LOUIS-LUCAS..... De la femme du commerçant, examen critique de la jurisprudence, par *M. Paul Bressolles*. 75

— La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce, avec formules, par *M. Adrien Carpentier*..... 77

— Le Code civil commenté à l'usage du clergé dans ses rapports avec la théologie morale, le droit canon et l'économie politique, par *M. le chanoine Allègre*..... 153

— Traité du contrat de mariage, par *M. L. Guilloard*..... 299

— Manuel des délais en matière de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative, par *M. E.-H. Mancelle*..... 303

— Les traités de garantie au XIXe siècle, étude de droit international et d'histoire diplomatique, par *M. Milovanowitch*..... 365

— Les assurances sur la vie et la Cour de cassation en 1888, par *M. J. Lefort*..... 368

— L'athéisme et le Code civil, par *M. A. Duverger*. 539

— Dictionnaire de législation et de jurisprudence concernant les aubergistes, hôteliers, cafetiers, débitants de boissons, propriétaires et locataires de maisons, d'appartements et de garnis, suivi d'un formulaire de tous les actes utiles à ces professions, par *M. Paul Tailliar*..... 543

— Le droit et les faits économiques, par *M. A. Béchaux*..... 604

— Code théorique et pratique des architectes, par *M. A. Bonpaix*..... 666

— Code de commerce du royaume de Roumanie, du 13 septembre 1887, traduit d'après le texte officiel, par *M. J. Blumenthal*..... 671

— La loi du 30 mars 1887 et les décrets du 3 janvier 1889 sur la conservation des monuments et objets mobiliers, présentant un intérêt national au point de vue de l'histoire ou de l'art, par *M. Th. Ducrocq*..... 743

LYON-CAEN..... Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime..... 609

MASSIGLI..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 449

MÉRIGNHAC..... Notice nécrologique sur *M. Paul Pont*..... 729

PLANIOL..... Examen doctrinal, jurisprudence civile..... 545

SURVILLE..... De la capacité en droit international..... 463

Digitized by Google

MM. Pages.

TAUDIÈRE..... Obstacles que rencontre l'exercice de l'action en partage d'une indivision..... 208

TESTOUD..... Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement..... 161

— Traité de droit commercial, par *MM. Lyon-Caen et Renault*..... 657

TISSIER..... La loi du 13 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque légale de la femme au profit des tiers acquéreurs..... 628

VALABRÈGUE (*professeur*). Du rôle des liquidateurs créés par la loi du 4 mars 1889..... 568

VALABRÈGUE (*conseiller*). Rapport présenté à la Cour d'Aix le 29 décembre 1888 au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de la loi relative aux marques de fabrique et de commerce, au nom commercial, à la raison de commerce et au lieu de provenance..... 495

ZÉGLICKI..... De l'interprétation de l'art. 857 du Code civil. 536

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24 rue Soufflot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google